

COMENTÁRIOS
À LEI DE RECUPERAÇÃO
DE EMPRESAS E FALÊNCIA



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, 2007.

Vários colaboradores.
ISBN 978-85-203-XXXX-X

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.

08-XXXX

CDU XXX.XXX

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Leis comentadas : Falência : Direito comercial XXX.XXX

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 VIEIRA VON ADAMEK / MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES

MAURO RODRIGUES PENTEADO / PAULO SALVADOR FRONTINI

RACHEL SZTAJN / RICARDO BERNARDI / VERA HELENA DE MELLO FRANCO

2.^a edição revista, atualizada e ampliada

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

COMENTÁRIOS
À LEI DE RECUPERAÇÃO
DE EMPRESAS E FALÊNCIA
Lei 11.101/2005

2.^a edição revista, atualizada e ampliada

Coordenação

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

Colaboradores

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 VIEIRA VON ADAMEK / MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES
MAURO RODRIGUES PENTEADO / PAULO SALVADOR FRONTINI
RACHEL SZTAJN / RICARDO BERNARDI / VERA HELENA DE MELLO FRANCO

© desta edição [2007]

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretor responsável: CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

Visite nosso site: www.rt.com.br

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)

Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor
sac@rt.com.br

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se tam bém às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Impresso no Brasil [08-2007]

Profissional



ISBN 978-85-203-XXXX-X

*À Faculdade de Direito
do Largo de São Francisco,
eterna inspiração.*

*Agradecimentos a CARLA KITZ,
pela colaboração na
finalização de formatação dos textos.*



CURRICULA DOS AUTORES

ANTONIO MARTIN

Professor doutor na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Advogado em São Paulo.

ANTÔNIO SÉRGIO A. DE MORAES PITOMBO

Bacharel em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Mestre e doutor em direito penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim, do Instituto “Manoel Pedro Pimentel” do Departamento de Direito Penal da Universidade de São Paulo – USP e da National Association of Criminal Defense Lawyers – NACDL. Autor de artigos e livros em matéria penal. Advogado militante na área criminal.

CALIXTO SALOMÃO FILHO

Professor titular de direito comercial na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP.

CARLOS KLEIN ZANINI

Doutor em direito comercial pela Universidade de São Paulo – USP. Professor adjunto de direito comercial na Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Advogado em Porto Alegre.

EDUARDO SECCHI MUNHOZ

Professor doutor de direito comercial na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Advogado em São Paulo.

ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA

Professor doutor de direito comercial na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Advogado em São Paulo.

FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JUNIOR

Bacharel em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Doutor em direito comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Professor doutor na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Professor nos cursos de pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas – GVLAW, do COGEAE – PUC/SP, da EDESP-FGV e da Faculdade de Direito Damásio de Jesus – FDDJ. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado Tullio Ascarelli. Advogado em São Paulo.

GUILHERME ALFREDO DE MORAES NOSTRE

Mestre e doutor em direito penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Advogado em São Paulo e Brasília.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Mestre e doutor em direito comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Professor de direito comercial na Faculdade de Direito Universidade de São Paulo – USP e na Faculdade de Direito da Fundação Armando Álvares Penteado – FAAP. Consultor jurídico de empresas. Árbitro do Comitê de Mediação e Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá. Autor de livros e artigos sobre direito comercial.

JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO

Professor doutor na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Advogado em São Paulo.

JOSÉ MARCELO MARTINS PROENÇA

Mestre e doutor em direito comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Professor de direito comercial na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, na Faculdade de Direito e no Complexo Jurídico Damásio de Jesus, na Escola Superior da Advocacia – ESA/OAB-SP e na Fundação Getúlio Vargas – FGV. Sócio de *Approbato Machado Advogados*.

LUIS AUGUSTO ROUX AZEVEDO

Bacharel de direito, especialista em direito do mercado de capitais e mestrando em direito comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP.

MARCELO VIEIRA VON ADAMEK

Mestre e doutorando em direito comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Pós-graduado pelo IBRE/EASP-FGV. Advogado em São Paulo.

MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES

Professor doutor de direito comercial na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Advogado em São Paulo.

MAURO RODRIGUES PENTEADO

Mestre, doutor e livre-docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Professor associado de graduação e pós-graduação de direito comercial nesta mesma Faculdade. Estagiário (1966), solicitador acadêmico (1969) e advogado na área de direito empresarial desde 1971.

PAULO SALVADOR FRONTINI

Professor doutor de direito comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Professor no curso de mestrado em direito do Centro Universitário FIEO. Membro aposentado do Ministério Público do Estado de São Paulo e ex-Procurador-Geral de Justiça. Advogado em São Paulo.

RACHEL SZTAJN

Professora associada do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP.

RICARDO BERNARDI

Bacharel em direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Professor universitário e no Complexo Jurídico Damásio de Jesus. Advogado em São Paulo.

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

Professora doutora do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP.



APRESENTAÇÃO À 2.^a EDIÇÃO

É com imensa satisfação que submetemos à apreciação de todos a 2.^a edição dos *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência* – Lei 11.101/2005 – Artigo por artigo.

A 1.^a edição foi escrita imediatamente após a entrada em vigor da Lei 11.101/2005.

O intuito de possibilitar a autores conceituados a análise vertical de reduzidos temas a fim de garantir uma visão mais profunda e crítica dos novos institutos mostrou-se plenamente alcançado. Para nossa satisfação, a repercussão do livro superou as expectativas, exigindo uma nova edição.

Para esta 2.^a edição revista, ampliada e atualizada – publicada pouco mais de um ano após o término da 1.^a edição – a principal preocupação foi atualizar todo o material com as evoluções legislativas que afetaram substancialmente alguns pontos da Lei 11.101/2005.

Nesse sentido foram analisadas, por exemplo, as alterações em seu art. 199, estabelecidas pela Lei 11.196/2005, bem como as recentes mudanças na legislação processual, especialmente aquelas definidas pelas Leis 11.232/2005 e 11.382/2006, que estabeleceram novos parâmetros para a execução judicial.

Além disso, a aplicação prática da Lei – embora tenhamos ultrapassado o curto prazo de pouco mais de um ano – levou à consolidação de certos conceitos que foram incorporados àqueles existentes na 1.^a edição, de modo a ampliar a abrangência da obra.

Nesta 2.^a edição esperamos, com o mesmo êxito da edição anterior, continuar oferecendo nossa contribuição para a construção de um novo e sólido direito a ser aplicado às empresas em crise no Brasil.

São Paulo, julho de 2007.

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



APRESENTAÇÃO

O objetivo do presente livro é eminentemente acadêmico. Em se tratando de uma obra de comentários a um novo texto legal, afirmar que o objetivo é acadêmico tem duas conseqüências importantes e diversas.

Em primeiro lugar, significa afirmar que o conteúdo é independente e crítico. Para tratar da nova lei de falências e dos especiais interesses que influenciaram – e até alimentaram – sua gestação, o tom crítico é um elemento necessário.

Essa última observação exige um contraponto. E ele é dado exatamente pela segunda conseqüência da natureza acadêmica do trabalho. Um trabalho acadêmico sobre novo texto legal precisa ser otimista e construtivo. O raciocínio sistemático e principiológico deve unir a lei a valores constitucionalmente reconhecidos ou mesmo a valores sociais. Assim, da crítica pode passar-se à construção (ou reconstrução).

Nada mais natural que, para um trabalho tão marcadamente acadêmico, exatamente o grupo de professores do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP se unisse em torno da tradição e importância do próprio Departamento e do Instituto Tullio Ascarelli para, acompanhado de alguns ilustres advogados (todos eles de alguma maneira ligados, por laços acadêmicos, ao Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP), fazer um trabalho a um só tempo crítico e (re)construtivo da lei.

Nada mais gratificante, então, que poder apresentar o trabalho coletivo à apreciação e crítica pública.

CALIXTO SALOMÃO FILHO



SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO À 2. ^a EDIÇÃO – FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JUNIOR.....	11
APRESENTAÇÃO – CALIXTO SALOMÃO FILHO.....	13

PRIMEIRA PARTE INTRODUÇÃO

RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E INTERESSE SOCIAL

1. A discussão do interesse social no direito societário.....	43
1.1 Breves acenos sobre a história do debate a respeito do interesse social.....	43
1.1.1 A tese contratualista	44
1.1.2 A antítese institucionalista	46
1.2 Aspectos materiais e procedimentais da discussão	49
1.3 O interesse social durante o processo de recuperação da empresa	50
1.3.1 O desequilíbrio entre os aspectos material e procedimental	50
1.3.2 Cânonos interpretativos	52
2. Conclusão.....	53

SEGUNDA PARTE COMENTÁRIOS À LEI DE RECUPERAÇÃO E FALÊNCIA

LEI 11.101, DE 9 DE FEVEREIRO DE 2005

Capítulo I DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

1. Considerações gerais: a lei e o Brasil real.....	57
2. Fatores econômicos e políticos determinantes da conversão do Projeto de Lei 4.376/1993 na Lei 11.101/2005	59
2.1 O novo Quadro-Geral de Credores e o pólo de interesses favorecido: maiores credores privados	61
2.2 A Lei Complementar 118: rebaixamento do grau de preferência dos créditos tributários	61
2.3 Idem. Lei Complementar 118: créditos decorrentes da legislação do trabalho	62
3. Breve notícia histórica da falência. Falência e meios preventivos de sua declaração, no direito anterior	63

4. Cotejo entre a sistematização do Dec.-lei 7.661/1945 e a da nova Lei. Falência e concordatas. O novo perfil da falência e dos procedimentos de recuperação.....	66
5. Estrutura organizacional da falência e das recuperações.....	68
5.1 Assembléia-Geral de Credores.....	69
5.2 Comitê de Credores.....	70
5.3 Administrador judicial.....	71
5.4 Judiciário. Posição aparentemente secundária, nas recuperações. Especialização.....	71
5.5 Ministério Público.....	72
6. A antítese função social da empresa <i>versus</i> soberania dos credores, nas recuperações.....	72
6.1 Credores, Assembléia-Geral de Credores e função social da empresa devedora.....	73
6.2 Idem: contrastes entre o papel dos credores nas recuperações e a função social da empresa devedora.....	74
7. Poder de controle societário e controle externo dos credores.....	75
7.1 Abuso do poder econômico.....	76
8. Falência, falimento, quebra, bancarrota. Noção de falência na Lei 11.101/2005...	76
9. Execuções singulares e coletivas civis: insolvência e concurso de credores.....	78
10. Falência e execução coletiva empresarial: insolvência e insolvabilidade.....	78
11. A falência como meio e cobrança. Reforço da (dis)função na nova Lei.....	80
12. Natureza jurídica da falência.....	81
12.1 Generalidades.....	81
12.2 Natureza da falência na Lei 11.101/2005.....	82
13. Natureza das recuperações. A recuperação judicial.....	84
14. Noção jurídica de recuperação extrajudicial. Exclusão legal de certos credores. Espécies.....	86
14.1 Plano inoponível a parte dos credores.....	86
14.2 Plano vinculativo de todos credores.....	87
15. Outros acordos privados do devedor com seus credores. Limites, art. 94, inc. III: atos e negócios que ensejam a falência, nos acordos privados e nas recuperações....	88
ARTIGO 1º.....	88
16. Direito anterior. Comerciantes e sociedades comerciais.....	88
16.1 Unificação parcial do direito obrigacional privado. Sociedades civis revestidas de formas comerciais.....	88
16.2 Atos do comércio, mercancia, atividade mercantil.....	89
16.3 Breve nota histórica: do velho <i>ius mercatorum</i> e dos atos do comércio à atividade negocial. A nova <i>lex mercatoria</i> . A empresa e Código Civil de 2002.....	89
16.4 Evolução jurisprudencial: predominância da substância sobre a forma: falência de sociedades civis e de sociedades irregulares ou de fato, que exploravam atividade negocial.....	92
17. “Devedor”, na nova Lei. Empresário e sociedade empresária.....	92

17.1	Os conceitos provêm do Código Civil. Tipos e modalidades de sociedades empresárias	93
17.2	Contrato de sociedade, sociedade simples e sociedade empresária	94
17.3	Da empresarialidade: notas diferenciais entre a sociedade empresária e a sociedade simples. Sociedade simples na forma e na inscrição, e de fato empresária: falência	94
17.4	Sociedades não personificadas. Sociedade em conta de participação: falência e efeitos indiretos das recuperações	96
17.5	Idem. Sociedade em comum: falência	97
18.	Influência do <i>Codice Civile</i> italiano de 1942 na definição de empresário. A decisiva contribuição de Alberto Asquini	97
18.1	Atividade negocial e empresa. A concepção do Código de 2002, segundo Sylvio Marcondes	98
18.2	Perfis jurídicos da empresa, no Código Civil	100
19.	A Lei 11.101/2005 adotou o regime jurídico da atividade negocial do Código Civil	101
19.1	Recuperações judicial e extrajudicial de empresário individual e de sociedades empresárias regulares	101
19.2	Falência. Falência do devedor empresário e da sociedade empresária, de fato ou em situação irregular. A falência como causa de dissolução das sociedades empresárias	102
20.	Perfis jurídicos ou acepções da palavra <i>empresa</i> , na Lei 11.101/2005	102
20.1	Sujeito de direitos: empresário, sociedade empresária e devedor. Deficiência técnica: o termo <i>empresa</i> empregado como sinônimo de empresário ou sociedade empresária	102
20.2	Empresa e estabelecimento: o aspecto objetivo ou patrimonial	103
20.3	Empresa e atividade: a acepção funcional	103
20.4	Empresa e interesses extra-societários ou empresariais: função social e preservação	104
ARTIGO 2º		104
21.	Direito anterior. Razões de ordem pública para a exclusão de determinadas atividades negociais da falência, da recuperação, ou de ambas. Compatibilização e adaptação da legislação extravagante	104
22.	Inconstitucionalidade e imprecisão do dispositivo: algumas das empresas que o artigo menciona estão sujeitas à falência	105
23.	Empresa pública	105
24.	Sociedade de economia mista. Repristinação	106
25.	Instituição financeira e cooperativa de crédito. Administração especial temporária, intervenção, liquidação e falência	107
25.1	Consórcios. Consórcios de poupadores e investidores para aquisição de bens	107
26.	Consórcios empresariais	108
27.	Entidades de previdência complementar	108
28.	Sociedade operadora de plano de assistência à saúde	109

29. Sociedade seguradora e sociedade de capitalização	110
30. Cooperativas.....	110
31. Empresas de transporte aéreo. Subsunção à falência	111
32. A falência em outras leis especiais.....	112
32.1 Falidos e sociedades empresárias em recuperação, nas licitações e contratos com a Administração Pública. Concessão e permissão de prestação de serviços públicos	112
32.2 Condomínios em edificações e incorporações imobiliárias. Patrimônio de afetação. Parcelamento do solo urbano. Locações urbanas	113
32.3 Títulos de crédito	114
32.4 Código de Defesa do Consumidor. Ação direta contra o segurador e exclusão do IRB.....	114
32.5 Falência e desconsideração da personalidade jurídica, no Código de Defesa do Consumidor, no Código Civil e na Lei de Repressão ao Abuso do Poder Econômico	115
32.6 Legislação sobre entorpecentes e produtos que causam dependência física ou mental.....	115
ARTIGO 3º	116
33. Direito anterior. Doutrina e jurisprudência.....	116
34. Despacho, distribuição e prevenção da jurisdição: § 8.º do art. 6.º	116
35. Sistema da Lei 11.101. Juízo universal da falência e das recuperações. Extensão e limites: art. 3.º, c.c. art. 76	117
35.1 Peculiaridades, na recuperação judicial.....	117
35.2 Idem. Na recuperação extrajudicial.....	118
36. Confirmação do juízo universal da falência: Justiça Federal	118
37. Idem. Justiças estaduais	118
38. Ibidem. Juizados Especiais.....	118
39. Subsistência e tramitação <i>pro tempore</i> de ações e execuções individuais: art. 6.º ...	119
40. Ações ordinárias especiais: art. 19, § 1.º	119
41. A ordem judicial de suspensão de todas as ações e execuções individuais, na recuperação judicial e na falência: arts. 52, III e 99, V	119
42. Conceito de estabelecimento no Código Civil	119
43. Pluralidade de estabelecimentos	121
44. Conceito de principal estabelecimento para fins de definição do juízo universal da falência e das recuperações. Controvérsias	121
45. Sociedades empresárias: sede e estabelecimento principal.....	123
46. Filial de sociedade empresária com sede fora do Brasil e estabelecimento principal.....	123
ARTIGO 4º	123
47. Razões do veto	123
48. Direito anterior	124
49. Prós e contras da manutenção do dispositivo vetado. O Ministério Público na recuperação extrajudicial	124
50. O Ministério Público na recuperação judicial	125

51. Função social da empresa e Ministério Público, na recuperação judicial	127
52. Intervenção do Ministério Público na falência	129
53. Intervenção do Ministério Público na falência em virtude de leis especiais. Interesses difusos, defesa do consumidor e do meio ambiente, repressão ao abuso do poder econômico	129

Capítulo II

DISPOSIÇÕES COMUNS À RECUPERAÇÃO JUDICIAL E À FALÊNCIA

Seção I

Disposições gerais

ARTIGO 5º	131
54. Direito anterior: inaplicabilidade das regras de inexigibilidade à concordata	131
55. Extensão da inexigibilidade à recuperação judicial	131
56. Novo enquadramento das pensões alimentícias. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Limites	132
57. Idem. Penas pecuniárias por infração das leis penais e administrativas	133
58. Obrigações a título gratuito. Noção clássica. Quadro constitucional, novo ambiente empresarial e a recuperação judicial	133
59. Despesas para tomar parte na falência	133
60. Idem. Na recuperação judicial	134
61. Litígios com o devedor. Custas	134
ARTIGO 6º	134
62. Direito anterior	135
63. Juízo universal da falência e juízo da recuperação judicial: art. 3.º	135
64. Despacho, distribuição e prevenção da jurisdição: § 8.º	135
65. Suspensão da prescrição	136
65.1 Na falência	136
65.2 Na recuperação judicial: <i>caput</i> e § 4.º	136
66. Suspensão do curso das ações e execuções singulares	137
66.1 Na falência	137
66.2 Na recuperação judicial: <i>caput</i> e § 4.º	137
67. Ação que demandar quantia ilíquida. Prosseguimento e reserva para pagamento. §§ 1.º e 3.º	138
68. Créditos trabalhistas: habilitação, exclusão ou modificação de valores ainda não pleiteados na Justiça do Trabalho. Reclamatória típica e atípica: §§ 2.º e 3.º	138
69. Ações trabalhistas em curso. Suspensão ou prosseguimento? Reserva para pagamento. §§ 2.º e 3.º	139
70. Idem. Execuções trabalhistas, § 5.º. A deficiência técnica da Lei na disciplina dos créditos trabalhistas. Ato falho do legislador?	139
71. Créditos trabalhistas: ainda a questão do rebaixamento, limitações e constitucionalidade da classificação dos créditos trabalhistas	140

Sumário	20
---------	----

72. Normas da CLT aplicáveis.....	140
73. Representantes comerciais autônomos	141
74. Terceirização. Trabalhadores temporários em empresas urbanas	141
75. Execuções de natureza fiscal, nas recuperações judiciais: § 7.º	141
76. Falência, recuperação judicial, CTN e a Lei de Execuções Fiscais. Modificações. Lei Complementar 118: irresponsabilidade tributária, por sucessão.....	142
77. Dívidas previdenciárias. Parcelamento, reivindicação e classificação. Salário-educação	142
78. Créditos sujeitos à recuperação judicial: exceções e medidas acautelatórias, durante o prazo de suspensão: art. 6.º, § 4.º c.c. art. 49, §§ 3.º e 5.º	143
79. Controle pelo juízo universal das demandas individuais: § 6.º	143

Seção II

Da verificação e da habilitação de créditos

ARTIGO 7º	144
80. Introdução	144
81. Auxiliares.....	145
82. Função declaratória da verificação.....	145
83. Procedimento	145
84. A relação de credores	146
ARTIGO 8º	147
85. Contra a relação de credores	147
86. Fundamentos da impugnação: caráter taxativo ou não?	147
87. Ausência de qualquer crédito.....	148
88. Legitimidade, importância ou classificação de créditos.....	148
89. Quem pode impugnar	149
90. Procedimento	150
ARTIGO 9º	151
ARTIGO 10	153
ARTIGO 11	154
ARTIGO 12	155
ARTIGO 13	156
ARTIGO 14	156
ARTIGO 15	156
ARTIGO 16	158
ARTIGO 17	159
ARTIGO 18	159
ARTIGO 19	160
ARTIGO 20	161

Seção III

Do administrador judicial e do Comitê de Credores

91. Considerações iniciais	163
ARTIGO 21	164
ARTIGO 22	166
92. Inciso I – Na recuperação judicial e na falência	168
92.1 Correspondência aos credores	168
92.2 Fornecimento de informação	168
92.3 Extratos de livros	169
92.4 Exigir informações	169
92.5 Elaboração da relação dos credores	169
92.6 Consolidação do Quadro-Geral de Credores	170
92.7 Requisição da convocação da Assembléia Geral de Credores	170
92.8 Contratação de profissionais ou empresas especializadas	170
92.9 Manifestação nos casos previstos na Lei	170
93. Inciso II – Na recuperação judicial	170
93.1 Fiscalização das atividades do devedor e do cumprimento do plano de recuperação judicial e requerimento da falência	170
93.2 Apresentação de relatório mensal das atividades do devedor e relatório sobre a execução do plano de recuperação	171
94. Inciso III – Na falência	171
94.1 Aviso aos credores do lugar e hora em que terão à sua disposição os livros e documentos do falido	171
94.2 Exame da escrituração do devedor	171
94.3 Representação judicial da massa falida	172
94.4 Recepção da correspondência dirigida ao devedor	172
94.5 Apresentação de relatório sobre as causas e circunstâncias que conduziram à situação de falência	172
94.6 Arrecadação dos bens e documentos do devedor; avaliação dos bens arrecadados; contratação de avaliadores	173
94.7 Realização do ativo e pagamento dos credores	174
94.8 Requerimento da venda antecipada de bens perecíveis, deterioráveis ou sujeitos a considerável desvalorização ou de conservação arriscada ou dispendiosa	174
94.9 Prática de todos os atos conservatórios de direitos e ações e da cobrança de dívidas	174
94.10 Remissão de bens apenados, penhorados ou legalmente retidos	175
94.11 Representação da massa falida em juízo	175
94.12 Requerimento das medidas necessárias para o cumprimento da Lei, a proteção da massa ou a eficiência da administração	175
94.13 Apresentação ao juiz de conta demonstrativa da administração	175

94.14 Entrega ao substituto de todos os bens e documentos da massa em seu poder	175
94.15 Prestação de contas ao final do processo, quando for substituído, destituído ou renunciar ao cargo	175
95. Contratação de auxiliares e sua remuneração	176
96. Transação sobre obrigações e direitos da massa falida e abatimento de dívidas ..	176
ARTIGO 23	176
ARTIGO 24	177
97. § 1.º: o valor e a forma da remuneração do administrador judicial	177
98. § 2.º: reserva de montante	177
99. §§ 3.º e 4.º: remuneração proporcional devida ao administrador substituído e exceções.....	178
ARTIGO 25	178
ARTIGO 26	179
ARTIGO 27	180
100. Inciso I – Na recuperação judicial e na falência	180
100.1 Fiscalização das atividades e exame das contas do administrador judicial, o cuidado com o bom andamento do processo e pelo cumprimento da lei e comunicação, ao juiz, da violação de direitos ou de prejuízos para os credores.....	180
100.2 Apuração das reclamações dos interessados	180
100.3 Requerimento da convocação da Assembléia-Geral de Credores	181
100.4 Manifestação nas hipóteses previstas na Lei	181
101. Inciso II – Na recuperação judicial	181
101.1 Fiscalização das atividades do devedor e da execução do plano de recuperação judicial	181
101.2 Alienação de bens do ativo permanente, constituição de ônus reais e outras garantias, bem como a realização de atos de endividamento necessários à continuação da atividade empresarial durante o período antecedente à aprovação do plano de recuperação	181
101.3 § 1.º: Decisões do Comitê de Credores, tomadas por maioria, serão consignadas em livro de atas, rubricado pelo juízo, que ficará à disposição do administrador judicial, dos credores e do devedor.....	181
101.4 § 2.º: Impasses no Comitê de Credores	181
ARTIGO 28	182
ARTIGO 29	182
ARTIGO 30	182
102. § 1.º: Condições para o exercício do cargo de administrador judicial e de membro do Comitê de Credores	183
103. § 2.º: Competência para o requerimento de substituição do administrador judicial ou de membro do Comitê de Credores	183
104. § 3.º: Prazo para a decisão da substituição de administrador judicial ou de membro do Comitê de Credores. Defesa dos interessados	183

ARTIGO 31	184
ARTIGO 32	185
ARTIGO 33	185
ARTIGO 34	185

Seção IV

Da Assembléia-Geral de Credores

105. A Assembléia-Geral de Credores na Lei 11.101	186
106. A Assembléia é órgão da comunhão de credores	187
107. A Assembléia é órgão que expressa a vontade coletiva da comunhão de credores	188
108. A Assembléia é órgão hierarquicamente superior	189
109. A Assembléia é órgão de funcionamento facultativo	189
110. Invalidade (<i>lato sensu</i>) da Assembléia-Geral de Credores	189
110.1 Inexistência e ineficácia	189
110.2 Invalidade (<i>stricto sensu</i>)	190
110.3 Vícios do voto, vícios das deliberações e vícios da Assembléia.....	190
110.3.1 Vícios do voto.....	191
110.3.1.1 Proibição de voto.....	191
110.3.1.2 Conflito de interesses	192
110.3.2 Vícios das deliberações.....	193
110.3.2.1 Mérito das deliberações	194
110.3.2.2 Prazo para anulação.....	194
110.3.3 Vícios da Assembléia	195
110.4 Legitimação para agir	195
110.4.1 Legitimação ativa	195
110.4.2 Legitimação passiva.....	196
110.5 Conseqüências da invalidação da Assembléia e de suas deliberações	196
ARTIGO 35	197
111. <i>Caput</i> : competência da Assembléia-Geral de Credores.....	197
112. Inciso I – Na recuperação judicial	198
112.1 Aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apre- sentado pelo devedor.....	198
112.2 A constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição	198
112.3 Dispositivo vetado (alínea <i>c</i> do inciso I)	198
112.4 O pedido de desistência do plano de recuperação judicial	198
112.5 O nome do gestor judicial, quando do afastamento do devedor.....	198
112.6 Qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores	199
113. Inciso II – Na falência.....	199
113.1 Dispositivo vetado (alínea <i>a</i> , do inciso II).....	199

113.2 A constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição	199
113.3 A adoção de outras modalidades de realização do ativo	199
113.4 Qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores	199
ARTIGO 36	199
114. Imprescindibilidade da convocação	200
115. A competência para convocação da Assembléia é exclusiva do juiz	200
116. Forma de convocação	200
117. Prazo de convocação	200
118. Inciso I – Local, data e hora da Assembléia em primeira e em segunda convocação, não podendo esta ser realizada menos de 5 (cinco) dias depois da primeira.....	201
119. Inciso II – A ordem do dia	201
120. Inciso III – Local onde os credores poderão, se for o caso, obter cópia do plano de recuperação judicial a ser submetido à deliberação da Assembléia	202
121. § 1.º: cópia do aviso de convocação	202
122. § 2.º: requerimento da convocação de assembléia-geral por credores	202
123. § 3.º: despesas com a assembléia-geral	202
ARTIGO 37	202
124. Presidente e secretário da Assembléia	203
125. Poderes do presidente da Assembléia	203
126. Adiamento da Assembléia	204
127. § 1.º: deliberações sobre afastamento do administrador	205
128. § 2.º: instalação em primeira convocação	205
128.1 Credores computados para o <i>quorum</i> de instalação	205
128.2 <i>Quorum</i> de instalação em primeira e segunda convocações	205
129. § 3.º: lista de presença	205
130. § 4.º: representação do credor	206
130.1 Mandatário	206
130.2 Representante legal	206
131. §§ 5.º e 6.º: representação por sindicato	207
132. § 7.º: lavratura de ata	208
ARTIGO 38	208
133. <i>Caput</i> : voto proporcional ao crédito	208
134. Parágrafo único: conversão do crédito firmado em moeda estrangeira	209
ARTIGO 39	209
135. Voto	209
136. Credores constantes das sucessivas relações de credores	209
137. Credores habilitados ou com créditos admitidos ou alterados	210
138. Credores que tenham obtido reservas	210
139. Credores retardatários	210

140. Cessão do crédito e negociação do direito de voto	211
141. § 1.º: créditos excetuados.....	211
142. § 2.º: não invalidação de decisões da assembléia	212
143. § 3.º: resguardo dos direitos de terceiros	212
ARTIGO 40	212
ARTIGO 41	213
144. <i>Caput</i> : composição da assembléia-geral	213
145. §§ 1.º e 2.º: créditos da legislação do trabalho e credores com garantia real.....	213
145.1 Titulares de créditos com garantia real	213
145.2 Titulares de créditos derivados da legislação do trabalho.....	214
ARTIGO 42	214
146. <i>Quorum</i> geral e especial de deliberação	214
147. Empate na deliberação	215
ARTIGO 43	215
148. <i>Caput</i> : participação de sócios, coligadas, controladoras e controladas	215
149. Parágrafo único: participação de cônjuge, parente ou afim	216
ARTIGO 44	216
ARTIGO 45	216
150. <i>Caput</i> : deliberações sobre plano de recuperação judicial.....	217
151. § 1.º: aprovação da proposta por credores com garantia real e quirografários.....	217
152. § 2.º: aprovação da proposta por credores da legislação do trabalho	217
153. § 3.º: credores excluídos do <i>quorum</i>	217
ARTIGO 46	217

Capítulo III DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Seção I Disposições gerais

ARTIGO 47	222
ARTIGO 48	224
ARTIGO 49	227
ARTIGO 50	231

Seção II Do pedido e do processamento da recuperação judicial

ARTIGO 51	248
ARTIGO 52	257

Sumário	26
---------	----

Seção III
Do plano de recuperação judicial

ARTIGO 53	265
ARTIGO 54	268

Seção IV
Do procedimento de recuperação judicial

ARTIGO 55	270
ARTIGO 56	272
ARTIGO 57	283
ARTIGO 58	286
ARTIGO 59	293
ARTIGO 60	297
ARTIGO 61	302
ARTIGO 62	305
ARTIGO 63	306
ARTIGO 64	307
ARTIGO 65	313
ARTIGO 66	315
ARTIGO 67	317
ARTIGO 68	318
ARTIGO 69	319

Seção V
Do plano de recuperação judicial para microempresas
e empresas de pequeno porte

ARTIGO 70	320
154. Importância das microempresas e empresas de pequeno porte	320
155. Procedimento simplificado	320
156. Aplicação supletiva das normas do procedimento ordinário de recuperação	321
157. Âmbito de aplicação	321
ARTIGO 71	323
158. Prazo para apresentação do Plano Especial	324
159. Abrangência do Plano Especial	324
160. Forma e prazo de pagamento	325
161. Correção monetária e juros	325

162. Autorização prévia para aumento de despesas e contratação de empregados	326
ARTIGO 72	327
163. Tramitação do Plano Especial	327
164. Regras aplicáveis ao Plano Especial.....	327
165. Objeções apresentadas pelos credores e decretação da falência	329

Capítulo IV

DA CONVOLAÇÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM FALÊNCIA

ARTIGO 73	331
ARTIGO 74	335

Capítulo V

DA FALÊNCIA

Seção I

Disposições gerais

ARTIGO 75	337
172. A falência como meio, não como fim.....	337
173. Redundância.....	338
174. O processo falimentar e os princípios processuais da celeridade e da economia processual.....	338
ARTIGO 76	340
175. A universalidade e indivisibilidade do juízo e o processo de recuperação	340
176. Abrangência da universalidade e indivisibilidade	341
177. Critério material	342
178. Critério temporal	343
179. Prosseguimento das ações com o administrador judicial	343
180. Ações de despejo e ações possessórias ajuizadas contra a massa	343
ARTIGO 77	344
181. Diploma anterior	344
182. Abatimento dos juros.....	344
183. Créditos em moeda estrangeira.....	345
184. Taxa de câmbio a ser utilizada.....	346
ARTIGO 78	346
185. Diploma anterior	346
186. Efeitos.....	347
ARTIGO 79	347
187. Diploma anterior	347
188. Função.....	347
189. Eficácia prática.....	348

ARTIGO 80	348
190. Diploma anterior	348
191. Efeitos.....	348
ARTIGO 81	349
192. Direito anterior	349
193. Direito comparado	350
194. Diminuta aplicabilidade do dispositivo.....	350
195. Efeitos restritos à decretação de falência	351
196. Parágrafo primeiro: retroação dos efeitos	351
197. Parágrafo segundo: representação.....	352
198. Procedimento	352
199. Considerações <i>de lege ferenda</i>	352
ARTIGO 82	353
200. Diploma anterior	353
201. Hipóteses de responsabilidade pessoal.....	354
202. Responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada.....	354
203. Responsabilidade dos controladores	354
204. Responsabilidade dos administradores	355
205. Competência para conhecer da ação	355
206. Procedimento aplicável.....	356
207. Prazo prescricional	356
208. Provimentos acautelatórios.....	356

Seção II

Da classificação dos créditos

ARTIGO 83	357
209. Insolvência e concurso.....	358
210. Privilégios e preferências	359
211. Classificação dos créditos	360
212. Créditos concursais com prioridade absoluta	360
213. Créditos trabalhistas.....	361
214. Cessão dos créditos privilegiados trabalhistas	362
215. Créditos acidentários	363
216. Créditos com garantia real	364
217. Créditos com garantia real: apuração do montante privilegiado	365
218. Créditos com garantia real: outros aspectos	365
219. Créditos fiscais e parafiscais.....	366
220. Créditos com privilégio especial e geral	367
221. Créditos quirografários.....	368
222. Créditos subquirografários	368

223. Créditos subordinados.....	369
224. Juros posteriores à decretação da quebra.....	369
ARTIGO 84	369
225. Créditos extraconcursais e credores da massa.....	370
226. Administrador judicial, auxiliares e trabalhadores da massa.....	372
227. Quantias fornecidas à massa pelos credores.....	373
228. Despesas administrativas e custas do processo falimentar	374
229. Custas de sucumbência da massa.....	374
230. Despesas referentes ao período da recuperação judicial.....	374
231. Créditos decorrentes de atos jurídicos válidos praticados durante a falência	375

Seção III

Do pedido de restituição

ARTIGO 85	377
232. A restituição.....	377
233. Da causa da restituição.....	379
234. A resilição legal.....	380
235. Aspectos da recuperação.....	381
236. Condição resolutiva contratual.....	382
237. Mercadoria em trânsito.....	383
238. A reivindicação	383
239. Trespasse do estabelecimento	384
240. Restituição de coisa vendida pelo falido.....	385
241. O patrimônio de afetação.....	385
242. O auto de arrecadação.....	386
ARTIGO 86	387
243. Restituição em dinheiro.....	388
ARTIGO 87	390
244. Aspectos do pedido.....	390
ARTIGO 88	391
245. Entrega ou execução.....	391
ARTIGO 89	392
246. Denegação e inclusão na lista de credores.....	393
ARTIGO 90	393
247. Recurso e caução.....	393
ARTIGO 91	393
248. Indisponibilidade e rateio	394
ARTIGO 92	394
249. Despesas de conservação	394

Sumário	30
ARTIGO 93	395
250. Embargos de terceiros	395

Seção IV

Do procedimento para a decretação da falência

ARTIGO 94	397
ARTIGO 95	404
ARTIGO 96	404
ARTIGO 97	408
ARTIGO 98	411
ARTIGO 99	412
ARTIGO 100	416
ARTIGO 101	417

Seção V

Da inabilitação empresarial, dos direitos e deveres do falido

ARTIGO 102	419
ARTIGO 103	419
ARTIGO 104	421

Seção VI

Da falência requerida pelo próprio devedor

ARTIGO 105	426
ARTIGO 106	427
ARTIGO 107	428

Seção VII

Da arrecadação e da custódia dos bens

ARTIGO 108	429
ARTIGO 109	430
ARTIGO 110	431
ARTIGO 111	432
ARTIGO 112	432
ARTIGO 113	433
ARTIGO 114	433

Seção VIII

Dos efeitos da decretação da falência sobre as obrigações do devedor

251. A seção VIII do Capítulo V e seu objeto.....	434
252. Obrigações do devedor	436
253. Obrigações passivas	436
254. Obrigações ativas	436
255. Obrigações ativas e passivas.....	436
ARTIGO 115	436
256. Bens do falido.....	437
257. Bens do devedor: bens atuais.....	438
258. Bens que o falido adquirir após a decretação da falência.....	438
259. Bens do falido integrantes de <i>patrimônio separado</i>	439
260. O concurso falimentar abrange todos os credores, sem exceção.....	439
261. Sócio ilimitadamente responsável.....	440
ARTIGO 116	441
ARTIGO 117	442
ARTIGO 118	444
262. Suprimento do consentimento do comitê	444
ARTIGO 119	444
263. Inciso I – <i>Stoppage in transitu</i>	445
264. Inciso II – Contratos que versem sobre coisas compostas	446
265. Inciso III – Habilitação de crédito por não cumprimento de contrato a prestações.....	446
266. Inciso IV – Restituição de coisa comprada com reserva de domínio	447
267. Inciso V – Venda a termo de coisas com cotação em bolsa ou mercado.....	447
268. Inciso VI – Promessa de compra e venda de imóveis	449
269. Inciso VII – Não resolução de contrato de locação	449
270. Inciso VIII – Compensação e liquidação no Sistema Financeiro Nacional	450
271. Inciso IX – Patrimônios de afetação	452
ARTIGO 120	453
ARTIGO 121	454
ARTIGO 122	455
ARTIGO 123	456
ARTIGO 124	458
ARTIGO 125	459
ARTIGO 126	460
ARTIGO 127	461

Sumário	32
---------	----

ARTIGO 128	464
272. Outras disposições da Lei produzindo efeitos sobre obrigações do falido	464
273. Câmaras e prestadoras de serviços de compensação e liquidação	465
274. Concessão de serviço público	465
275. Arrendamento mercantil de empresas de transporte aéreo	465

Seção IX

Da ineficácia e da revogação de atos praticados antes da falência

276. A massa falida	469
277. Desconsideração da personalidade jurídica	470
ARTIGO 129	470
278. Ineficácia e revogabilidade	471
279. Da ação revocatória	473
280. Os atos ineficazes	474
281. O direito societário	478
ARTIGO 130	478
ARTIGO 131	479
ARTIGO 132	479
ARTIGO 133	480
ARTIGO 134	480
282. O rito da ação revocatória	480
ARTIGO 135	481
ARTIGO 136	481
ARTIGO 137	482
ARTIGO 138	483

Seção X

Da realização do ativo

ARTIGO 139	484
ARTIGO 140	485
283. Ordem de preferência na escolha quanto à forma de realização do ativo	486
284. Conceito atribuído à empresa para fins falimentares	486
285. Alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco	487
285.1 Vantagens	487
285.2 Anuência expressa ou tácita dos credores	488
285.3 Transferência do ponto comercial	489
286. Alienação da empresa, com venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente	489

287. Alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor	490
288. Alienação dos bens individualmente considerados	490
289. Transferência dos bens	490
ARTIGO 141	490
290. Regra geral da sucessão	491
291. Ausência de sucessão na realização do ativo em falência	492
292. Fundamento para a regra da ausência de sucessão	492
293. Exceção à regra da não sucessão	493
294. Sub-rogação dos credores no produto da realização do ativo	493
ARTIGO 142	493
295. As distintas modalidades de realização do ativo	494
295.1 Leilão	495
295.2 Propostas	495
295.3 Pregão	496
296. Publicidade acerca da realização do ativo	496
297. Atuação do Ministério Público	497
298. Controle da legalidade da decisão acerca do modo de realização do ativo	497
ARTIGO 143	498
ARTIGO 144	499
ARTIGO 145	499
299. <i>Quorum</i> para aprovação de forma alternativa para realização do ativo	499
300. Recurso contra a homologação do juiz	500
301. Direitos dos credores dissidentes em caso de organização de sociedade para dar continuidade aos negócios do falido	500
302. Formas alternativas para realização do ativo e questão da sucessão	501
ARTIGO 146	501
ARTIGO 147	502
ARTIGO 148	502

Seção XI

Do pagamento aos credores

ARTIGO 149	503
303. Da ordem dos pagamentos aos credores	503
304. Dos pagamentos aos credores concursais	505
305. Reservas	506
306. Recebimento pelos credores	507
ARTIGO 150	508
307. Despesas com pagamento antecipado	508

Sumário	34
308. Comparação com o regime anterior	509
309. Qualificação da despesa para pagamento antecipado	509
310. O pagamento antecipado	509
311. Disponibilidade de caixa.....	510
ARTIGO 151	510
312. O tratamento excepcional do crédito trabalhista.....	510
313. Classificação do crédito	510
314. Momento do pagamento.....	512
ARTIGO 152	513
ARTIGO 153	513
315. Partilha do acervo	513
316. Credores não habilitados	514

Seção XII

Do encerramento da falência e da extinção das obrigações do falido

ARTIGO 154	515
ARTIGO 155	516
ARTIGO 156	516
ARTIGO 157	517
ARTIGO 158	518
ARTIGO 159	520
ARTIGO 160	521

Capítulo VI

DA RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL

ARTIGO 161	523
317. Introdução	523
318. Características da recuperação extrajudicial	524
319. Espécies de recuperação extrajudicial.....	525
320. Recuperação extrajudicial e institutos similares estrangeiros	525
321. Natureza jurídica do plano de recuperação extrajudicial e suas conseqüências	526
322. Requisitos subjetivos para o pedido de recuperação extrajudicial.....	527
323. Requisitos objetivos do plano de recuperação extrajudicial	528
324. Dos credores sujeitos ao plano de recuperação extrajudicial.....	529
325. Foro competente.....	530
326. Impossibilidade de desistência após a distribuição do pedido.....	530
327. Caráter de título executivo judicial da sentença homologatória.....	530

ARTIGO 162	531
ARTIGO 163	532
328. Recuperação extrajudicial impositiva	532
329. Requisitos objetivos especiais	533
330. Espécies de crédito e grupos de credores de mesma natureza e sujeitos a semelhantes condições de pagamento.....	533
330.1 Créditos da mesma espécie.....	534
330.2 Grupos de credores de mesma natureza, sujeitos a semelhantes condições de pagamento	534
331. Apuração do percentual necessário à imposição do plano.....	535
331.1 Credores por quantias em moeda estrangeira	535
331.2 Credores ligados ao devedor.....	536
332. Efeitos da homologação do plano	536
333. Documentos necessários à homologação	536
ARTIGO 164	537
334. Competência.....	537
335. Publicação de editais e cientificação dos credores	538
336. Impugnação	538
337. Sentença e seus efeitos	539
ARTIGO 165	540
ARTIGO 166	541
338. Modalidade de alienação.....	541
339. Alienação e sucessão do adquirente	541
340. Alienação e fraude em matéria fiscal	542
ARTIGO 167	542

Capítulo VII

DISPOSIÇÕES PENAIIS

341. Os elementos do tipo penal.....	546
342. Sujeitos	546
343. A conduta proibida	547

Seção I

Dos crimes em espécie

ARTIGO 168	550
344. Aumento de pena.....	553
345. Inciso I – Elabora escrituração contábil ou balanço com dados inexatos.....	553

346. Inciso II – Omite, na escrituração contábil ou no balanço, lançamento que deles deveria constar, ou alterar escrituração ou balanço verdadeiros.....	554
347. Inciso III – Destrói, apaga ou corrompe dados contábeis ou negociais armazenados em computador ou sistema informatizado.....	554
348. Inciso IV – Simula a composição do capital social.....	555
349. Inciso V – Destrói, oculta ou inutiliza, total ou parcialmente, os documentos de escrituração contábil obrigatórios.....	555
350. Contabilidade paralela.....	555
351. Concurso de pessoas.....	556
352. Falência de microempresa ou de empresa de pequeno porte.....	556
ARTIGO 169.....	557
ARTIGO 170.....	558
ARTIGO 171.....	559
ARTIGO 172.....	560
ARTIGO 173.....	561
ARTIGO 174.....	562
ARTIGO 175.....	564
ARTIGO 176.....	565
ARTIGO 177.....	566
ARTIGO 178.....	567

Seção II

Disposições comuns

ARTIGO 179.....	569
ARTIGO 180.....	570
ARTIGO 181.....	571
ARTIGO 182.....	572

Seção III

Do procedimento penal

ARTIGO 183.....	574
ARTIGO 184.....	576
ARTIGO 185.....	577
ARTIGO 186.....	578
ARTIGO 187.....	579
ARTIGO 188.....	580

Capítulo VIII
DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

353. Capítulo VIII.....	583
ARTIGO 189	584
354. A aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.....	584
355. Alcance da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil	585
356. Recursos e ordem dos processos nos tribunais	585
356.1 Atos recorríveis e recursos cabíveis	587
356.2 Recursos: efeitos.....	593
356.3 Ordem dos processos no tribunal	593
356.4 Agravo e sustentação oral	593
357. Lei subsidiária em processo penal.....	595
358. Lei subsidiária em direito material.....	595
ARTIGO 190	595
359. Aplicação das regras da Lei 11.101/2005 aos sócios ilimitadamente responsáveis....	595
360. Falência da sociedade empresária e o sócio de responsabilidade ilimitada	596
ARTIGO 191	597
361. Publicação de editais.....	597
362. Publicações pela imprensa	598
363. Meio ou suporte.....	599
364. Epígrafe	599
ARTIGO 192	600
365. Direito intertemporal.....	600
365.1 Ultratividade do Dec.-lei 7.661/1945.....	601
365.2 Aplicação imediata da lei nova.....	603
365.3 Outros problemas de direito intertemporal: aplicação imediata da Lei 11.101/2005 e as situações jurídicas em curso	604
366. Recuperação judicial intercorrente na concordata: pressupostos e efeitos	610
367. Recuperação intercorrente na falência: inadmissibilidade	614
368. Locação ou arrendamento de bens da massa em processos de falência regidos pelo Dec.-lei 7.661/1945.....	615
ARTIGO 193	616
369. As entidades de compensação e liquidação (<i>clearings</i>).....	616
370. Câmaras e prestadoras de serviço.....	617
371. Câmara como contraparte.....	617
372. Liquidação e compensação multilateral	619
373. As câmaras como entidades auto-reguladoras.....	620
374. As operações subordinadas às <i>Clearings</i> e à Lei 11.101/2005	620

ARTIGO 194	620
375. Garantias no âmbito dos sistemas de compensação e liquidação	621
376. Garantias e insolvência	621
377. Garantias e recuperação judicial e extrajudicial	624
ARTIGO 195	625
378. Extinção da concessão de serviço público pela falência	625
379. Extinção da concessão pela falência: bens reversíveis	626
380. Extinção da concessão pela recuperação judicial	627
ARTIGO 196	629
381. Cadastro público de empresários submetidos a procedimentos concursais	629
382. Responsabilidade pela criação e manutenção das relações	630
383. Informações existentes nas relações	631
384. Prazo de manutenção dos nomes nas relações	631
385. Publicidade ampla e gratuidade	632
386. Exclusão judicial do cadastro	633
ARTIGO 197	633
387. Procedimentos paraconcursais	633
388. Liquidação de sociedades seguradoras	634
389. Intervenção e liquidação extrajudicial de instituição financeira	635
390. Administração especial temporária de instituições financeiras	638
391. Regime fiduciário sobre créditos imobiliários	638
392. Intervenção e liquidação extrajudicial das operadoras de planos privados de assistência à saúde	639
ARTIGO 198	639
393. Atualização dos impedimentos legais	639
394. Impedimentos fundados na natureza da atividade	640
395. Impedimentos à concessão de recuperação a empresário beneficiado por concordata	640
396. Correção das remissões legais à concordata	641
ARTIGO 199	642
397. Sociedades exploradoras de serviços aéreos ou de infra-estrutura aeronáutica ..	643
398. Contrato de arrendamento mercantil: regime original da LRF	643
398.A. Contratos de locação, arrendamento mercantil e arrendamentos em geral de aeronaves ou de suas partes: novo regime em vigor	645
ARTIGO 200	646
399. Revogação expressa da Lei de Falências (total) e do Código de Processo Penal (parcial)	646
400. Acerto da revogação do Dec.-lei 7.661/1945	647
ARTIGO 201	648
401. Entrada em vigor	648

TERCEIRA PARTE

COMENTÁRIOS À LEI COMPLEMENTAR 118, DE 9 DE FEVEREIRO DE 2005

LEI COMPLEMENTAR 118, DE 9 DE FEVEREIRO DE 2005

1. Introdução	653
2. Princípios gerais da nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas e os pilares da alteração da legislação tributária	654
3. As alterações do Código Tributário Nacional relacionadas e as não relacionadas com o novo direito concursal.....	656
ARTIGO 1º	657
4. Art. 1.º, reforma do art. 133 – Sucessão tributária	657
5. Art. 1.º, inclusão do art.155-A – Parcelamento de débitos tributários	660
6. Art. 1.º, reforma do art. 174 – Alteração nas hipóteses de interrupção da prescrição.....	662
7. Art. 1.º, reforma do art. 185 – Alienação fraudulenta	662
8. Art. 1.º, reforma do art. 186 – Nova classificação dos créditos na falência	664
9. Art. 1.º, reforma do art. 187 – Não sujeição a concurso de credores ou habilitação...	666
10. Art. 1.º, reforma do art. 188 – Créditos tributários extraconcursais	666
11. Art. 1.º, reforma do art. 191 – Extinção das obrigações do falido.....	667
ARTIGO 2º	667
12. Art. 2.º, inclusão do art. 185-A – Execução frustrada do devedor tributário.....	667
13. Art. 2.º, inclusão do art. 191-A – Prova de quitação de tributos para a recuperação judicial.....	668
ARTIGO 3º	671
ARTIGO 4º	672
BIBLIOGRAFIA	673
ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO	687



PRIMEIRA PARTE

INTRODUÇÃO



RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E INTERESSE SOCIAL

CALIXTO SALOMÃO FILHO

O momento de edição de novas leis põe diante do acadêmico um desafio interessante. Não aquele de interpretar literalmente ou mesmo sistematicamente a lei, fornecendo ao aplicador instrumentos de solução de problemas tópicos. Esse trabalho importante é aplicativo, mas não verdadeiramente acadêmico.

O ideal acadêmico é o de organização de um sistema que permita o enquadramento dos novos textos legislativos dentro de um conjunto de princípios e valores. Ele deve procurar garantir a coerência da lei com o sistema de valores e, portanto, a organização social desejada. Nesse sentido, trata-se de uma interpretação necessariamente criadora da norma jurídica, como de resto deve ser toda interpretação.

A Lei de Recuperação de Empresas é particularmente apta a tal tipo de trabalho acadêmico. Pressupõe e inclui princípios que não podem ser negados ou descumpridos, qualquer que tenha sido o grupo de interesses que mais influenciou sua elaboração. Assim, apesar de ser necessário reconhecer a influência do interesse financeiro na elaboração da lei e em alguns importantes dispositivos que contém, o que cria riscos e dúvidas sobre a efetividade do próprio processo de recuperação de empresas nela previsto, é também necessário reconhecer que a recuperação de empresas pressupõe princípios e objetivos que não podem ser desconsiderados.

O principal deles é o da preservação da empresa, expressamente declarado no art. 47 da Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 (nova Lei de Falências) como princípio da recuperação de empresas. Esse princípio, se aplicado de forma coerente, pode ajudar em muito a efetivação da recuperação empresarial. É necessário, então, compreendê-lo em profundidade. Para tanto, é preciso retornar à clássica discussão contratualismo-institucionalismo, em que a questão da preservação da empresa teve sua formulação mais elaborada.

1. A discussão do interesse social no direito societário

1.1 *Breves acenos sobre a história do debate a respeito do interesse social*

A evolução aqui narrada inicia-se com a Revolução Industrial, deixando-se de lado toda a evolução societária do mundo antigo e medieval, ela mesma objeto de uma anterior explicação dialética.¹

¹ V. a respeito SALOMÃO FILHO, Calixto. Sociedade anônima: interesse público e privado, p. 7-20, e trabalho ali citado de GALGANO, F. *Storia del diritto commerciale*, p. 119.

1.1.1 A tese contratualista

O fato histórico que faz do contratualismo a tese inicial é bastante simples. A Revolução Industrial marca o momento em que se torna desnecessária para o processo de acumulação capitalista a presença do Estado na atividade econômica (como vinha ocorrendo no mercantilismo). A evolução tecnológica industrial permite à burguesia acreditar que ela, sozinha e com liberdade, seja capaz de levar adiante o processo de acumulação. Não espanta, portanto, que a Revolução Industrial traga consigo princípios societários bastante individualistas. A sociedade passa a ser vista como coisa dos sócios. É o que prevê, por exemplo, o *Code de Commerce* francês de 1807 ao estabelecer, entre seus princípios, a absoluta autonomia da Assembléia Geral para definir o interesse social e a organização societária interna. Essa característica perdurará por toda a primeira metade do século XIX, talvez uma das fases mais individualistas de todo o direito societário. Trata-se de um período de extremado contratualismo em matéria de sociedades anônimas que praticamente não se repetirá na história, e que permite aos controladores definir livremente não só o interesse social, mas também a própria organização societária interna.

Cedo fica bastante evidente que esse autocentrismo societário não poderia perdurar. Um mínimo de consenso interno é necessário para que a nova sociedade anônima possa atrair investimentos, necessários ao desenvolvimento tecnológico. Abre-se, então, um período de busca de consenso interno. Isso é feito por meio do estabelecimento das chamadas regras plutocráticas, segundo as quais quanto maior for a participação no capital, menor será o direito a voto,² e de profusas regras de informação para os acionistas.

Essas regras, se têm alguma serventia para um mercado de capitais incipiente, pouco servem para resolver o problema do individualismo da concepção de vida econômica que então predominava e que se espalhava pelo direito societário. Pouco servem, portanto, para resolver os relevantes problemas que se avolumavam e cujas conseqüências em breve seriam sentidas.

As origens históricas do contratualismo têm profunda influência sobre sua construção doutrinária. Essa construção, por outro lado, continua a influenciar a aplicação das leis societárias, em particular a brasileira. Daí a necessidade de seu estudo.

É necessário, de início, fazer uma análise separada da Lei, na qual a concepção contratualista manifesta-se de forma prevalente, mas não exclusiva,³ e de uma particular (e hoje majoritária) interpretação doutrinária, que veio se firmando sobretudo a partir da metade dos anos 60 e que vê na disciplina societária uma disciplina exclusivamente contratual.

Deve-se, no entanto, esclarecer os sentidos que pode assumir o termo *contratualismo*. Pode-se dizer que o sistema italiano é tradicionalmente contratualístico, na medida em

² V. GALGANO, F., sobre a garantia de participação no processo decisório à minoria: “Per garantire alle minoranze una partecipazione ai processi decisionali, misure atte a arginare il naturale impulso di dominio dei capitali di comando, fino ad infrangere il principio *plutocratico* della proporzionalità del potere economico alla proprietà della ricchezza: il *Companies Act* inglese del 1862 (sect. 44), la legge belga del 1873 (art. 61), il Codice di Commercio Italiano del 1882 (art. 157) introducono la norma secondo la quale l'azionista ha un voto ogni cinque azioni, ma *per quelle che possiede oltre il numero di cento ha un voto ogni vintecinqué azioni*” (*Storia del diritto commerciale*, p. 127).

³ V., para a individualização dos traços institucionalistas no ordenamento societário italiano, GALGANO F. *Diritto commerciale*: Le società, p. 361 e ss.

que nega que o interesse social seja hierarquicamente superior ao interesse dos sócios. Trata-se, portanto, de um contratualismo definido por contraposição ao institucionalismo.⁴ Talvez sua representação mais sugestiva seja a feita por A. Asquini, no famoso artigo intitulado “I battelli del Reno”, cujo ponto de partida é exatamente uma frase atribuída a um administrador do *Norddeutscher Lloyd*, “il quale avrebbe dichiarato in forma polemica che scopo della sua società era non di distribuire utili agli azionisti, ma di fare andare i battelli sul Reno (o sui mari)”.⁵

Desse contratualismo por antonomásia podem-se deduzir dois conceitos diversos. Em um primeiro, o interesse social é depurado de elementos externos. Define-se o interesse social sempre como o interesse dos sócios e somente dos sócios atuais. Uma segunda vertente inclui na categoria “sócio” não apenas os atuais como também os futuros. A perspectiva a longo prazo do interesse social ganha importância. Obviamente, nesse caso assume relevância também o próprio interesse à preservação da empresa, motivo pelo qual se afirma que essa variante contratualista, na prática, aproxima-se da teoria institucionalista.⁶ Interessa neste momento mais a primeira versão, por sua contraposição ao institucionalismo e por sua vigência, ainda que parcial, no Brasil.

Trata-se de conceber o interesse social como referente apenas ao grupo de sócios atuais. Um dos principais defensores desse tipo de concepção é P. G. Jaeger. Para ele, o interesse social não constitui um conceito abstrato, mas sim algo concreto, definível apenas quando comparado com o interesse do sócio para aplicação das regras sobre conflito de interesses.⁷

O autor chega a tal conclusão a partir de sua concepção particular do contrato de sociedade: como o contrato social é de execução continuada e o interesse social é o interesse do grupo de sócios, aquele interesse social pode ser constantemente revisto e eventualmente desconsiderado de modo explícito quando se tratar de decisão unânime dos sócios.

Outros autores, preocupados com a possibilidade de interferência judicial na determinação do interesse social que sua não definição positiva pode implicar,⁸ preferem

⁴ Cf. GALGANO, F. *Diritto commerciale: Le società*, p. 360, nota 9, que afirma: “È una teoria che si autodefinisce, polemicamente, ‘contrattualistica’ per sottolineare il fatto che essa respinge la concezione della società come ‘istituzione’ staccata dalle persone dei soci e la configura, all’opposto, quale rapporto contrattuale fra più persone, che non involge altro interesse se non quello delle parti contraenti”.

⁵ Cf. ASQUINI, A. *I battelli del Reno*, *passim*.

⁶ Cf. JAEGER, P. G. *L’interesse sociale*, p. 89 e ss.

⁷ *Idem*, p. 218.

⁸ Cf. GAMBINO, A. *Il principio di correttezza nell’ordinamento delle società per azioni*, p. 216. Não é essa, no entanto, a única preocupação. O autor revela também sua preocupação com a *svirilizzazione* do contrato de sociedade: “Il parallelo tra il rifiuto del contratto in una posizione istituzionale e la *svirilizzazione* di esso, ridotto a schema procedimentale, in una concezione formale del diritto non è senza significato. In ambedue gli orientamenti si avverte che l’ordinamento sociale ha una legge no riferibile ai principi dell’attuazione del contratto, che esigono la puntuale e integrale realizzazione della convenuta composizione di interessi. La giustificazione di tale singolarità viene data, in una visione formale, con l’implicito accoglimento di una nozione di contratto a cui mancano le essenziali caratteristiche funzionali; viene offerta, nell’indirizzo istituzionale, con il postulare che i principi dell’ordinamento operino già nella fase costitutiva della società. Viene smarrito in ambedue i casi il valve dell’atto di autonomia private, come volontario regolamento degli interessi” (p. 133).

definir um interesse social abstrato e típico. Traindo sua origem, inserem-no “nello schema causale del contrato di società”, reduzindo o interesse à maximização do lucro.⁹

Essa versão clássica do contratualismo obviamente não poderia sobreviver à realidade de crescente integração entre direito societário e mercado de capitais.

Nem mesmo adotando a concepção mais individualista do “contrato” de sociedade é possível deixar de reconhecer que a companhia aberta não pode e não deve ter seu interesse definido exclusivamente em torno do grupo de sócios atuais, que está ao centro da teoria contratualista clássica de Jaeger.

Não é de se estranhar, portanto, que o próprio Jaeger tenha revisto sua teoria quarenta anos depois para identificar o interesse social na perspectiva contratualista à obtenção de *shareholder value*, i.e., a maximização do valor de venda das ações do sócio.¹⁰ Essa perspectiva, dominante na prática societária e na doutrina norte-americana e que chega a falar em final da história do direito societário,¹¹ tem efeitos teóricos e práticos extremamente deletérios.

Do ponto de vista teórico, representa uma evolução ainda mais determinista que a solução clássica. O interesse social é pré-definido; sobre ele os órgãos sociais não têm qualquer influência, o que não ocorria na definição clássica pura, em que, ainda que formalmente identificado à maximização de lucros, o fulcro da definição do interesse era sua identificação ao interesse do grupo de sócios atuais, qualquer que fosse. Tem, portanto, mais do que qualquer outra, o condão de engessar o desenvolvimento do direito societário e de outros a ele ligados (é nesse sentido, e só nesse, que ganha significado o citado título da publicação científica: “The end of history for corporate law”).

Do ponto de vista prático, o efeito óbvio é o estímulo à busca desenfreada de aumento do valor de venda das ações por todos os agentes do mercado. Essa preocupação exclusiva, criadora de realidade unifocal de difícil controle por instrumentos jurídicos, é responsável hoje pela forte tendência à interpretação permissiva de regras contábeis, à mudança de regras contábeis ou até mesmo à maquiagem de balanços, fenômenos endêmicos e conhecidos na realidade societária americana, da qual o caso Enron e os recentes escândalos com empresas de auditoria são apenas uma pequena parte que até agora se fez visível.

1.1.2 A antítese institucionalista

A crise de 1929 e os anos de chumbo que se seguiram demonstraram várias coisas. Para o capitalismo, a insuficiência do modelo individualista; para o direito societário, a insuficiência do modelo contratualista.

A verdadeira *débâcle* social que se seguiu à crise de 1929 demonstrou que um direito societário fechado em si e restrito aos interesses dos sócios não podia fazer frente às demandas sociais, que obrigavam a todos naqueles anos difíceis.

A isso corresponde uma contestação das idéias novecentistas em duas diversas frentes. De um lado o positivismo jurídico, que permitia pré-definir o interesse social em

⁹ Idem, p. 232.

¹⁰ Cf. JAEGER, P. G. Interesse sociale rivisitato (quarent'anni doppo), p. 795 e ss. (em especial p. 805 e ss.).

¹¹ Cf. HANSMANN, H. e KRAAKMAN, R. The end of history for corporate law, p. 439 e ss.

linha individualista, é contestado. A idéia de coobrigação de todos os entes pela questão social é em muito auxiliada pela difusão dos ideais institucionais nos campos da filosofia do direito e do direito constitucional.

No direito societário, essas idéias são introduzidas pela obra de um economista alemão, W. Rathenau, que em trabalho hoje clássico¹² identifica o interesse social ao interesse público, verdadeira substituição do Estado, que deveria ser operado pela empresa privada. Trata-se, portanto, de verdadeiro oposto à visão contratualista clássica. Como é de rigor no raciocínio dialético, trata-se de solução contrária (mas não contraditória) em relação à contratual. Assim sendo, é possível reconhecer que ambos são falsos e daí derivar uma síntese sem cair em qualquer equívoco lógico. O autor, economista e homem de negócios, influenciado pela gravíssima situação econômica da Alemanha no fim da Primeira Guerra Mundial, identificava em cada grande sociedade um instrumento para o renascimento econômico do país.

Rathenau não utiliza o termo empresa em acepção técnica, identificando-a substancialmente com a grande sociedade anônima, como demonstra a utilização indiferenciada em sua obra dos termos *Aktiengesellschaft* e *Unternehmen*. A origem econômica da teoria influenciou seus elaboradores no plano jurídico, que não se preocuparam excessivamente com uma construção teórica dos conceitos. Alguns sustentam que o termo é coincidente com o de sociedade por ações, outros, que se trata de um conceito jurídico autônomo e externo ao de sociedade. De qualquer forma, é inegável que o recurso ao termo *Unternehmen* é útil para o fim de identificar uma “instituição não redutível ao interesse dos sócios”.

Toda a construção da teoria de Rathenau é dirigida a traduzir em termos jurídicos a função econômica, de interesse público e não meramente privado, da macroempresa. Isso se fez por meio da valorização do papel do órgão de administração da sociedade por ações, visto como órgão neutro, apto à defesa do *Unternehmensinteresse* (interesse empresarial). Procedeu-se a uma degradação relativa da importância da Assembleia, o que influenciará, sobretudo, os direitos dos sócios minoritários.

A recepção legislativa dessa teoria deu-se na *Aktiengesetz* em 1937, que fez seus quase todos os princípios defendidos pela doutrina do *Unternehmen an sich*, assegurando à administração (*Verwaltung*) predominância sobre a assembleia dos acionistas (*Hauptversammlung*).

Tal teoria entrou em crise a partir dos anos 50, sendo criticada, sobretudo, pelo segundo aspecto, denominado negativo e que se traduz em uma tendencial independência (e irresponsabilidade) da administração com relação aos acionistas. A reação completou-se com a Lei Acionária de 1965, que reforçou o papel da assembleia dos acionistas e os direitos dos acionistas minoritários.

No intervalo entre a Lei Acionária de 1937 e a Lei de 1965 existe, no entanto, toda uma rica construção doutrinária que não pode ser desprezada. No presente trabalho são analisadas somente as grandes linhas dessa evolução, necessárias à compreensão do institucionalismo em sua forma atual.

A característica fundamental desse período, mencionada em qualquer trabalho comparatístico como traço distintivo do sistema societário alemão, é o aparecimento das

¹² RATHENAU, W. *La realtà della società per azioni – Riflessione suggerite dall'esperienza degli affari, passim.*

leis que regulamentam a participação operária nos órgãos diretivos das grandes empresas (Mitbestimmungsgesetze). São elas: a Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in die Auisichtsraten und Vorständen der Unternehmen des Berghaus und der Eisen und Stahl erzeugende Industrie (MontaMitbestG, 1951), a Betriebsverfassungsgesetz de 1952 e a Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (MitbestG, 1976). Tais leis devem ser consideradas uma continuação natural da doutrina do Unternehmen an sich.

Com efeito, até o advento de tais leis, tanto do ponto de vista jurídico quanto do ponto de vista político-econômico, observava-se e criticava-se a falta de uma aplicação efetiva dos princípios institucionalistas na Lei de 1937. No plano jurídico, acusava-se a doutrina do Unternehmen an sich de não ser coerente com as premissas por ela mesma afirmadas, que postulavam o reconhecimento, na disciplina das sociedades por ações, das diversas categorias de interesse dos trabalhadores, dos sócios e da coletividade, confiando a tutela de todos esses interesses ao Vorstand, órgão não apto, pela sua vinculação ao grupo de controle, a levar a efeito essa complicada tarefa com a necessária imparcialidade.

Evidentemente, os acontecimentos descritos acima não podem ser considerados como de natural continuidade em um processo darwinianamente evolucionista.

Muito influiu para a maturação de tais leis a particular situação da Alemanha no segundo pós-guerra. A necessidade sentida pelas potências ocupantes e pelos sindicatos de promover uma descartelização e um enfraquecimento geral dos centros de poder na indústria alemã ajudou a levar avante os desejos dos sindicatos de criação de uma real democracia econômica, como concebida nos primeiros anos da República de Weimar. O fracasso na sua introdução era visto àquela época como uma das principais razões para o advento sucessivo do regime nacional-socialista.

Independentemente de qualquer análise ideológico-política que possa ser feita, não se pode negar que do ponto de vista jurídico as Mitbestimmungsgesetze representam a afirmação definitiva do institucionalismo na Alemanha, realizando a separação tentada sem sucesso pela Lei Acionária alemã de 1937 entre Unternehmens e Gesellschaftsinteresse. Com relação à GmbH, reconheceu-se pela primeira vez que o Unternehmensinteresse não se reduz ao interesse dos sócios. Em ambos os tipos societários (AG e GmbH), trata-se não mais daquele *Unternehmensinteresse* de exagerado tom publicístico da doutrina do *Unternehmen an sich*, mas sim de um interesse concebido como harmônico e comum aos interesses dos vários tipos de sócios e dos trabalhadores e que se traduz no interesse à preservação da empresa.

A diferença entre esse novo institucionalismo “integracionista” e o institucionalismo “publicístico” de Rathenau revela-se também em suas conseqüências. O novo institucionalismo, sendo mais organizativo que institucional, não se preocupa, como o anterior, em preservar o conceito de personalidade jurídica. Conseqüência disso é que, como se verá, foi exatamente na Alemanha que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica teve seu maior desenvolvimento teórico.

A razão para essa mudança de enfoque parece clara nesse momento: o modelo alemão de participação operária, ao permitir a formulação teórica e a tutela de um interesse social não-redutível ao interesse do grupo de sócios e identificável ao interesse à manutenção da empresa, fixa os parâmetros para a discussão sobre o tipo de organização mais apta a garantir tal interesse. Daí poder ser denominado de “institucionalismo organizativo”.

A nova concepção do interesse social tem suas conseqüências também quanto à dialética social interna. Ao contrário da concepção contratualista, no institucionalismo o conflito de interesses, ainda que existente na prática, não é requisito teórico para a explicação do funcionamento social. Com isso, quer-se dizer que a diferença entre um sistema integracionista (como é o institucionalismo), que pressupõe a colaboração na persecução de um interesse social pré-determinado, e um sistema autônomo (como o contratualismo), que pressupõe a existência de contraposição interna de interesses, está na limitação do objeto do conflito. O que a primeira concepção fez foi limitar o objeto do conflito às questões de rentabilidade e às questões organizativas, ambas delimitadas pelo interesse à preservação da empresa.

No institucionalismo alemão, a definição do interesse social como algo diverso dos interesses contrapostos dos sócios e a pressuposição de sua persecução pelos órgãos sociais não eliminam o conflito de interesses da dialética societária. Ao contrário, reforçam-no porque introduzem no interior dos órgãos societários representações de interesses efetivamente contrapostos.

1.2 Aspectos materiais e procedimentais da discussão

As vicissitudes da evolução histórica tanto do contratualismo quanto do institucionalismo demonstram na verdade um ponto muito importante. Nenhuma das duas teorias pode ter aplicação coerente sem que sejam conjugadas preocupações materiais e procedimentais.

De um lado, o contratualismo que se concentra só na definição material, seja ela a maximização do lucro ou o aumento do valor das ações da companhia, desacompanhado de uma ampla e efetiva participação de todos os acionistas na definição do significado desses conceitos, acaba por permitir a administradores e controladores interpretá-lo em seu próprio benefício, inflando artificialmente o valor das ações ou tomando medidas positivas a curto prazo, mas extremamente maléficas para a companhia a médio prazo.

Do outro, a mera definição procedimental do interesse da sociedade como o interesse deliberado pelos acionistas em Assembléia Geral leva a um absoluto domínio do controlador e uma freqüente gestão da sociedade em conflito. É essa a mazela principal do direito societário brasileiro moderno, em que a recusa sistemática do Judiciário em entrar no “mérito” das decisões assembleares, leva à existência de um verdadeiro contratualismo procedimental e à consideração da sociedade como coisa própria do controlador.¹³

Os mesmos problemas se verificam com o institucionalismo. As definições materiais, tanto a clássica, do interesse social como interesse público, como a moderna, do interesse social como o interesse à preservação da empresa, sozinhas, não garantem a sua persecução. Pior do que isso, como a experiência histórica demonstra, podem ser e são com freqüência instrumentalizadas pelo controlador no seu próprio e exclusivo interesse.

Também aí a recíproca é verdadeira. A preocupação com a representação interna de interesses envolvidos (como trabalhadores) é fundamental, mas desacompanhada

¹³ Esse foi o resultado de recente pesquisa da Bovespa sobre as mazelas do nosso mercado de capitais. A resposta mais freqüente utilizada por investidores para justificar a razão de não investir no mercado de capitais brasileiro foi o fato de as empresas brasileiras serem “geridas em conflito”.

da definição material do interesse (hoje preservação da empresa) pode ser incapaz de levar à sua obtenção.

É preciso concluir, portanto, que apenas a conjugação da vertente material com a vertente procedimental da definição do interesse social pode levar a soluções coerentes. Como se verá a seguir, em matéria de recuperação de empresa, essa conjugação de elementos materiais e procedimentais no sentido da preservação da empresa é imperiosa. Mais do que isso, tanto as diversas formas de participação assemblear ali previstas quanto as definições de mérito nela tomadas sobre os rumos da empresa devem ter por norte sua preservação.

1.3 *O interesse social durante o processo de recuperação da empresa*

1.3.1 *O desequilíbrio entre os aspectos material e procedimental*

Uma primeira observação a respeito da nova Lei de Falências, sem dúvida alvissareira, é de que nela estão previstas ambas as formas, material e procedimental, de definição do interesse social. O problema, como se verá mais adiante, é que não há estrita coerência entre esses instrumentos. Como afirmado na introdução, essa coerência deverá então ser construída a partir do trabalho doutrinário e interpretativo.

Do ponto de vista material reconhece-se, como não poderia deixar de ser, a imanência entre recuperação da empresa e a idéia institucionalista de preservação da empresa. Prevê o art. 47 da Lei que “a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.

Os vários interesses de grupos (credores, trabalhadores) declarados são sintetizados na idéia da preservação da empresa, verdadeiro ponto comum de encontro desses interesses. É aí e só aí que presume a Lei haver convergência entre esses interesses durante o processo de recuperação da empresa. Essa presunção é correta. Interesses de credores, interesses de trabalhadores e mesmo interesses de acionistas minoritários podem divergir bastante durante o processo de recuperação de empresa. Enquanto para o primeiro grupo a recuperação pode e deve ser – e com frequência é – um instrumento momentâneo, não necessariamente duradouro de preservação e garantia de seus créditos, para o segundo e terceiro grupos a manutenção duradoura da unidade produtiva é mais relevante. Entre esses últimos a convergência não é absoluta: enquanto os trabalhadores, no caso típico, não precisam se preocupar com recuperação da lucratividade a curto prazo, que pode levar a administração a assumir posturas empresariais arriscadas, para os minoritários a lucratividade a curto prazo é talvez o único e principal objetivo.

Em presença de interesses com tal discrepância seria no mínimo sensato que a Lei tivesse procurado estabelecer representação equilibrada entre eles nos órgãos assembleares. Infelizmente, isso não foi realizado pelo legislador no estabelecimento dos instrumentos procedimentais para a definição do interesse social. Como visto acima, isso é motivo de séria preocupação, pois a persecução coerente de uma ou outra visão do interesse social depende diretamente da coerência entre aspectos materiais e procedimentais de sua definição.

Na nova Lei de Falências há claro desequilíbrio entre a participação desses vários interesses envolvidos pelo processo de recuperação da empresa. Aí revela o texto a clara influência dos interesses financeiros. Prevê o art. 41 da Lei, dentro da seção “Da assembleia-geral dos credores” (denominação ela mesma imprópria e reveladora, pois nem todos os interesses ali representados – v.g., trabalhadores – se apresentam como típicos interesses de credores) que a assembleia geral será composta por três classes de credores: os titulares de créditos trabalhistas, os titulares de créditos com garantia real e os titulares de créditos quirografários.

Essa assembleia deve deliberar sobre os principais atos do processo de recuperação, dentre eles a aprovação do próprio plano de recuperação. Na assembleia para aprovar o plano de recuperação, cada uma das classes supra referidas, em votação em separado, deve aprovar o plano (art. 45, *caput*). Ocorre que o art. 58 da mesma Lei prevê a possibilidade de aprovação em apenas duas das três assembleias especiais, bastante na terceira a aprovação de 1/3 do montante de capital ou dos presentes (conforme se trate, respectivamente, de credores com garantia real, ou quirografários, ou credores trabalhistas).

Ora, é bastante evidente que a maior possibilidade de consenso se dá entre as votações em separado dos credores com garantia real e os quirografários. Esses têm, como já mencionado, o típico interesse creditório consistente na satisfação breve de seus créditos. Já os trabalhadores têm interesses tipicamente relacionados à preservação da empresa de que dependem, o que lhes é muito mais relevante que a satisfação imediata de seu crédito. Assim, a divergência mais provável é com a assembleia dos credores trabalhistas, restando clara a preferência legislativa pelos típicos créditos financeiros. Parece imperioso, então, que a jurisprudência venha a interpretar essa faculdade (no art. 58, § 1.º, a expressão utilizada é “o juiz poderá”) de forma sistemática e teleológica, não admitindo e exigindo a adaptação de plano que não contém a aprovação de uma das votações em separado (em especial a dos trabalhadores), se esse plano não tiver garantias suficientes de preservação da empresa. Não se trata de impedir a recuperação, mas sim de exigir a adaptação do plano e a introdução de concessões por parte do controlador e/ou dos credores.

Mas não apenas o interesse dos trabalhadores parece ter proteção procedimental assimétrica. Também o interesse dos acionistas minoritários parece desprotegido. O art. 41 não enumera os minoritários expressamente entre seus incisos. Segundo a interpretação aqui defendida, nem precisaria. E a razão é simples. Em se tratando de processo de recuperação e regras que o disciplinam, a interpretação do significado do termo “credor” é inteiramente diversa da que deve ser exigida para a classificação de créditos no processo falimentar. Enquanto no último as relações entre as classes é de exclusão, i.e., onde está uma o outro não pode e não deve estar, em se tratando do primeiro o princípio pode e deve ser o da inclusão. Tão melhor formatado e definido será o interesse social quanto mais interesses afetados pela sociedade estiverem incluídos no processo deliberativo. Daí porque é de se entender que os minoritários, ainda que titulares de crédito condicionado (isso decorre da sua simples condição de acionistas, portanto de credores de participações sociais na liquidação da empresa, ainda que os acionistas minoritários não sejam credores de dividendos, o que é comum na situação pré-falimentar) e subordinado aos demais, estão incluídos na regra ampla que prevê a participação na deliberação em separado dos credores quirografários de todos aqueles “titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral

ou subordinados”. A inclusão expressa dos créditos subordinados deixa claro que os minoritários devem aí estar incluídos.

A questão que imediatamente se coloca é porque não reconhecer então a possibilidade de participação de todos os acionistas, inclusive os controladores. O que ocorre é que a Lei preferiu identificar o controlador ao próprio “devedor” (art. 64), fazendo a mesma identificação realizada pela Lei Societária (art. 116 da Lei 6.404/1976) entre poderes e deveres da sociedade e poderes e deveres do controlador. Daí porque permanece ele com o controle da sociedade (art. 64 – para a crítica a esse dispositivo, v. infra 1.3.2). Ora, sendo devedor, o controlador não pode ser classificado entre os credores, estando portanto excluído da Assembléia Geral dos Credores.

Essa interpretação ajuda a sanar em parte um problema inegável da Lei, qual seja a existência de certo desequilíbrio entre a definição material institucional e o equilíbrio entre os interesses cuja representação procedimental é reconhecida.

1.3.2 Cânones interpretativos

Definidas as características gerais do interesse social durante o processo de recuperação da empresa, cumpre indagar: quais os reflexos desses princípios sobre a Lei ou que cânonos interpretativos são gerados a partir de tais princípios?

O primeiro e mais óbvio deles consiste na própria interação entre definição material e procedimental. Como já visto, o interesse da empresa na recuperação não se confunde com qualquer dos interesses dos grupos nela envolvidos. O traço comum entre todos eles a ser perseguido é a preservação da empresa.

Essa definição dá um norte seguro a ser perseguido pelo intérprete e aplicador da lei. Em particular a função de supervisão judicial deve ser por ela pautada e os poderes a ela atribuídos se justificam com base exatamente na possibilidade de controle da atuação do administrador e do controlador da empresa.

Isso significa que, para manter o paralelismo e a complementaridade necessária entre definição material e definição procedimental do interesse social, é preciso que tanto o Comitê de Credores quanto o administrador judicial exerçam supervisão ativa da atuação do controlador. As funções atribuídas ao Comitê e ao administrador judicial no art. 64 da Lei configuram, portanto, verdadeiro controle compartilhado entre o controlador, o Comitê (quando houver) e o administrador judicial. Isso significa que na execução do plano o administrador judicial tem a obrigação de avaliar e submeter ao Comitê de Credores e ao Judiciário toda a discordância que tiver em relação à execução do plano. Qualquer ato abusivo do controlador com que compactuar, seja por ação ou omissão, acarreta responsabilidade típica de controlador, nos termos do art. 117 da Lei das Sociedades Anônimas.

Essa interpretação tem um efeito econômico muito importante. Administradores judiciais são, na experiência internacional de recuperação de empresas, profissionais altamente gabaritados que assumem riscos e devem ser remunerados por isso. Sua remuneração não deve se limitar aos percentuais fixos legais, devendo incluir também percentual variável em ações ou opções de ações. Só assim será possível profissionalizar o processo de recuperação, retirando o aspecto personalista que a opção (críticável) do legislador pela manutenção dos poderes do controlador após a decretação de recuperação judicial ajudou a criar. Advirta-se nesse ponto para o fato de que a prática de recuperação

de empresas demonstra que o afastamento do controlador ou ao menos a total profissionalização da empresa é de importância fundamental para o sucesso da empreitada.¹⁴

Assim, a caracterização do controle compartilhado do administrador judicial, além de imperiosa do ponto de vista positivo, é também muito relevante do ponto de vista econômico, pois ao criar responsabilidade (severa) para o administrador judicial, contribui para a profissionalização da categoria.

Outro ponto importante que merece consideração específica e que serve para ilustrar a importância da questão mencionada no parágrafo anterior é o relativo às formas de realização dos ativos. Em linha com a idéia de preservação da empresa, prevê a Lei que os ativos serão alienados, não carregando o objeto da alienação responsabilidade por sucessão em dívidas fiscais ou trabalhistas (art. 141, inc. II), a não ser na hipótese de alienação para sócio da sociedade falida (§ 1.º). Aqui, a preocupação, justa, é com a possibilidade de interferência do controlador no plano de recuperação da empresa. É de se notar, no entanto, como já observado, que essa interferência não pode ocorrer apenas na deliberação sobre alienação de ativos, mas também na execução do plano. Daí a crítica já realizada ao art. 64 e a necessidade de extremo cuidado na fiscalização da atividade do controlador. Daí porque não é exagerado afirmar que a independência do administrador judicial e sua participação ativa no controle é um dos pontos nodais sobre os quais se apoiará a efetividade ou não do processo concebido de recuperação de empresas.

2. Conclusão

Em conclusão, é necessário retornar brevemente às considerações gerais da introdução sobre a Lei. Parece bastante claro, depois dessa breve análise, que em matéria de definição e efetivação do interesse social, há sinais preocupantes na Lei. Em especial, a assimetria na relevância atribuída aos vários grupos de interesses é preocupante do ponto de vista teórico.

¹⁴ A longa ausência de uma Lei de Falências que permitisse a efetiva recuperação de empresas fez com que a prática dos negócios desenvolvesse instrumentos para a recuperação de empresas em situação pré-falimentar. A grande maioria dela baseava-se exatamente na remoção do controlador. Na maioria das vezes o que se procurava era transferir o controle da empresa para administradores profissionais, especializados, afastando-se o controlador. Para tanto fazia-se uso do instituto da *golden share*, criando-se uma verdadeira estrutura de controle administrativo. A forma de estabelecimento desse tipo de controle é bastante simples. Basta prever em estatuto, além da composição da Diretoria e do Conselho de Administração, virtualmente todas as matérias relevantes para os negócios sociais, atribuindo, além disso, via estatuto social, substanciais poderes de direção dos negócios sociais aos órgãos de administração. Assim, com o poder de veto das alterações estatutárias e com o poder de eleger a maioria dos membros do Conselho, pode-se controlar a sociedade. Com essa estrutura, o poder maior de decisão ficará nas mãos da administração. Esse instrumento é e tem sido usado como meio eficaz de recuperação de empresas em dificuldades. Nesses casos, freqüentemente, a imagem do controlador encontra-se tão desgastada que para a obtenção de crédito é fundamental não apenas uma mudança da administração, mas uma mudança do controle – v. a respeito SALOMÃO FILHO, CALIXTO. *O novo direito societário*, p. 109 e ss. (capítulo intitulado “Golden share: utilidade e limites”). Esse instrumento parece muito adaptável e útil para os ora regulados processos de recuperação judicial e extrajudicial de empresas, sendo possível que o plano de recuperação venha a estabelecer formas de controle gerencial que permitam alijar o controlador da administração e do controle sem alijá-lo de sua participação societária.

Isso torna mais, e não menos, necessária uma interpretação sistêmica da Lei, de acordo com os princípios que a inspiraram.

Aceita essa interpretação, e espera-se ter brevemente exemplificadas hipóteses em que ela é possível, então é mais provável que a recuperação da empresa possa efetivamente ocorrer.

Se assim for, alguns efeitos sistêmicos não desprezíveis poderão se realizar.

Em primeiro lugar, a clara opção institucionalista pela preservação da empresa da nova Lei de Falências exigirá, por necessidade de coerência lógica, a extensão desse institucionalismo para a vida social. O que se quer dizer é que não é possível pensar em preservação da empresa apenas no período de crise da empresa, mas também durante a sua vida. Assim sendo, a aplicação da nova Lei de Falências de forma coerente com o princípio da preservação da empresa pode ajudar a dar aplicação a princípios institucionalistas societários como o do art. 116 da Lei 6.404/1976.

Uma segunda consequência importante, essa mais do ponto de vista econômico, é sobre o grau de empreendedorismo. Elemento importante na história econômica para garantia do próprio processo de desenvolvimento, com frequência não lhe é atribuída a importância devida.

No caso da existência de um processo de recuperação de empresas eficaz e célere, o estímulo será a maior assunção de riscos ou o maior nível de investimento por parte da empresa, por ser menos grave e, sobretudo, por não ser mais irreversível o processo de ruína do empreendimento.

Mais do que isso. Caso aplicado de forma efetiva, o processo de recuperação de empresa permitirá operar dissociação econômica desconhecida em nosso ordenamento. De há muito tempo vem se tentando, através da limitação de responsabilidade, dissociar ruína da empresa da ruína do empresário, permitindo que o último sobreviva à primeira. A nova Lei procura fazer exatamente o inverso, i.e, dissociar ruína da empresa da ruína do empresário, permitindo que a primeira sobreviva ao último. Só o tempo e a força de princípios dos aplicadores dirá se isso será possível em meio à sociedade patriarcal-capitalista em que vivemos.

SEGUNDA PARTE

COMENTÁRIOS À LEI
DE RECUPERAÇÃO E FALÊNCIA



LEI 11.101, DE 9 DE FEVEREIRO DE 2005

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

O Presidente da República:

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

Capítulo I

DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

MAURO RODRIGUES PENTEADO

1. Considerações gerais: a lei e o Brasil real

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

De uma avaliação preliminar e geral, fica a impressão que a Lei veio carregada de boas intenções, destinada a aprimorar o que atualmente vem designado pela expressão “sistema de garantias e de recuperação de créditos”. Isto se verifica desde logo com a falência, que não deixa de ser a forma empresarial pela qual é liquidado o patrimônio do devedor, visando evitar ou minimizar, tanto quanto possível, as perdas que certamente experimentarão, nessa situação-limite, em maior ou menor grau segundo sua classificação no quadro-geral e as garantias com que tiveram o cuidado de se forrar, antecipadamente. O instituto vem remoçado, com fórmulas empresariais e mais eficientes de realização do ativo do devedor (arts. 140 a 145 – não tão novas, porque a Lei 11.101 apenas explicita didaticamente o que já permitia o art. 123 do Dec.-lei revogado, soluções agora postas em letra de fôrma e às quais os bons falencistas recorriam, com não pouca freqüência), além de um regime comum de administração profissional sofisticado, que aparentemente só vai funcionar em sua inteireza nas grandes liquidações empresariais (Capítulo II). Pretendeu-se manter o mesmo sistema anterior, que erigia a impontualidade e o seu risco iminente como fatos geradores da quebra (arts. 1.º e 2.º do Dec.-lei 7.661/1945), mas a técnica adotada comprometeu o desiderato, pois ao partilhá-los em três incisos, no art. 94, perde força ou cai

por terra tudo o que foi elaborado e decidido por mais de um século a respeito dos atos e negócios indicados no inc. III (praticados mediante fraude e simulação), que doravante são aparentemente “perdoados”, se fizerem “parte do plano de recuperação judicial”, que aliás o próprio devedor pode pleitear, no prazo de contestação (art. 95). Vai ser necessário despende muita tinta e paciência para explicar a distinção, e o que é mais difícil, conferir eficácia plena ao que dispõe o art. 94, inc. III, no caso de pedido de falência.

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

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

No Brasil *real* (excluída obviamente a economia informal), segundo os dados mais atualizados² e confiáveis, catalogados pelo Ministério da Justiça, através de seu Departamento Nacional de Registro do Comércio, verificou-se a constituição, no período de 1985 a 2003, neste País continental com milhares de municípios e comarcas, de 8.915.890 empresas, sendo 51,25% delas “firmas individuais”, 48,23% sociedades limitadas e apenas 0,002% sociedades por ações. Não se espera que esse imenso percentual de 99,48% de empresas (das quais apenas um índice reduzido se aproveitará do plano especial facultativo, ou moratória, de que tratam os arts. 70 a 72), saiba ou tenha experiência em lidar

¹ V., a respeito, nosso *Aumentos de capital das sociedades anônimas*, itens 3, 4, 37.1 e 40.

² Consulte-se o site: www.dnrc.gov.br.

com Assembléias-Gerais, ou com o regime dualista de administração, neste figurando órgão colegiado facultativo (o Comitê de Credores), e também um órgão executivo, profissionalizado (art. 21). Quanto a este último, é indubitável o avanço, desde que se tenha presente que a Lei requer duas modalidades de administração profissional especializada, uma para recuperar, e outra para liquidar a empresa.

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

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

De longa data a sociedade brasileira reclamava a atualização ou reforma do Dec.-lei 7.661/1945,³ de ótima qualidade técnica, mas editado para um País preponderantemente agrícola e ainda pouco urbanizado, que sequer dispunha de indústria de base (a primeira siderúrgica só veio a produzir no final dessa década). Talvez por isso apresentava opção limitada para a solução das dificuldades econômicas transitórias e superáveis do devedor comerciante (a moratória, atualmente mantida no art. 50, inc. I, da nova Lei, mas que era traduzida na fórmula concordata-“favor legal”). Os meios e modos empresariais de liquidação, na falência – expandidos e privilegiados na Lei 11.101 (arts. 140 *usque* 144) – revestiam-se de formas processuais (arts. 117 a 119), e as mais eficientes, empresariais, vinham escondidas, sem a enunciação didática que a nova Lei oferece, no art. 123 do diploma legal revogado.

³ Por todos Waldírio Bulgarelli, nas reflexões que fez em conferências proferidas no Instituto e na Associação dos Advogados de São Paulo, publicadas sob o título *A Reforma da Lei de Falências e Concordatas*, p. 49 e ss., onde, alinhou, dentre outras, as seguintes observações: “O que está em crise não é bem o regime falimentar, mas as relações econômicas, os programas, as diretrizes político-econômicas (...) as novas realidades introduzidas pelo incremento da revolução industrial e tecnológica haviam de influir sobremaneira no processo, que já se manifestava emperrado e sujeito a fraudes (...) deram-se assim conta os credores de que deveriam reforçar as garantias, pois do contrário não haveria esperanças de pagamento. Para tanto procuraram subtrair-se do princípio da igualdade, criando uma série de privilégios, como o penhor, hipoteca e ainda o surgimento da alienação fiduciária, do *leasing* – ações diretas – e as restituições, como o contrato de câmbio etc. Com o que sobraram apenas os quirografários, vala comum em que são alojados os pequenos e médios credores, e basicamente os fornecedores, sendo que a maioria deles passou a se desinteressar do processo, justamente pela pequenês dos créditos ou pela impossibilidade de obter o seu ressarcimento em confronto com os credores privilegiados. Não se pode ocultar, por outro lado, o fato incontestável que a quebra das empresas põe em jogo não somente os credores, mas, uma série de interesses que gritavam em torno da empresa, como os trabalhadores, os clientes, os fornecedores, o Estado, por meio dos tributos e da produção econômica e muitas vezes a própria comunidade onde se situa a empresa”.

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

A chamada “vontade política”, de que decorre a transformação de idéias e projetos em lei, parece ter sido a mesma que vem informando as últimas reformas legislativas, e mesmo emendas constitucionais de interesse do empresariado, como já anotamos alhures.⁵ Somente após o Poder Executivo federal haver assumido compromisso perante o Fundo Monetário Internacional para aprovar uma nova lei de falências, visando melhorar o “ambiente” e os chamados “marcos legais” do mercado brasileiro, é que a tramitação do Projeto ganhou impulso e passou a figurar com prioridade na agenda do Congresso, acabando por ser aprovado, com profundas modificações e a incorporação de mecanismos indicados em diretrizes (“*principles and guidelines*”) de organismos internacionais,⁶ encontrados em leis de países desenvolvidos,⁷ sem maior tradição nos cinqüenta anos de nosso direito imediatamente anterior – embora o método de atribuir aos credores preponderância na recuperação tenha sido testado até 1945, e sem sucesso, desde o velho Código Comercial de 1850 (v. item 3, abaixo).

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

⁵ V. a respeito, o nosso, et alii, *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas*, p. 213, onde registramos, em nota: “Consta do item 36 do Memorando de Política Econômica que integra o acordo firmado com o Fundo Monetário Internacional, em setembro de 2001: ‘O governo (...) também continuará a colaborar estreitamente com o Congresso com vistas à aprovação do Projeto de lei que altera a Lei das Sociedades Anônimas, destinado a melhorar a transparência e a governança corporativa nessas empresas, *bem como uma nova Lei de Falências*’ (fonte ‘Boletim Focus, do Banco Central do Brasil’, 12.09.2001)”. Registre-se que ambos os compromissos já foram cumpridos: o primeiro pela Lei 10.903/2001, e o segundo pela Lei ora comentada.

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

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

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

Para avaliar de que direção política provém determinada lei de falências, basta examinar o dispositivo em que os juristas mais experimentados sustentam residir o seu código genético, a saber, aquele que estabelece a escala de classificação de créditos, para efeito de pagamento e rateio aos credores, com o produto da realização do ativo do devedor falido. No regime anterior, como sabido, da combinação do *caput*, I e § 1.º do art. 102 do Dec.-lei 7.661/1945, com o art. 186 do Código Tributário Nacional, apareciam no topo do Quadro-Geral de Credores, antes dos créditos privilegiados: (1.º) a totalidade do valor da indenização por acidente de trabalho; (2.º) a totalidade dos créditos dos empregados, por salários e indenizações trabalhistas; (3.º) os créditos tributários; e (4.º) os créditos com direito real de garantia. A Lei comentada simplesmente equiparou os dois primeiros, limitando-lhes o teto preferencial, invertendo a ordem do 3.º e do 4.º, com o que passam agora os créditos privados com garantia real – e também os passíveis de restituição – na frente dos créditos tributários (art. 83, incs. I a III, c.c. LC 118, que deu nova redação ao art. 186 do CTN).

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

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

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

Para lograr tal solução, foi promulgada, em 09 de fevereiro de 2005, a Lei Complementar 118, acrescentando parágrafo único ao art. 186 do Código Tributário Nacional, com três incisos: o I e o III, *os dois únicos do parágrafo que têm natureza tributária*, cuidam da nova classificação dos débitos fiscais, situando-os abaixo dos créditos com garantia real,⁸ e o inc. II, *que trata de matéria trabalhista*, limita os valores e condições da preferência dos créditos decorrentes da legislação do trabalho.⁹

Cabe abrir breve parêntese para sublinhar, no que respeita aos débitos tributários, que quanto à responsabilidade por sucessão, na aquisição de bens empresariais, a refe-

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

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

rida Lei Complementar abriu notável exceção à regra geral que constava do art. 133 do CTN, que atribui ao adquirente de “fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual”, a responsabilidade pelos tributos devidos pelo fundo ou estabelecimento, devidos até a data do ato, “(...) I – integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade; II – subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de 6 (seis) meses, a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo”.

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

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

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

Limitando a discussão a esses tratados, cujos direitos e garantias são incorporados e equiparados àqueles assegurados pela Constituição (art. 5.º, § 2.º), vale lembrar que as Convenções Internacionais do Trabalho promulgadas pelo Dec. 41.721, de 25 de junho de 1957 (“revigorado” pelo Dec. 95.461/1987), e aprovadas pelo Dec. Legislativo 24, de 29 de maio de 1956, aparentemente não conferem suporte à discriminação levada a cabo pela Lei, a despeito de sua confusa redação.¹¹ E na verdade não conferem, se postos em confronto com fundamentos e princípios que informam a Lei maior, constantes dos arts. 1.º, inc. III e 170, *caput* (“dignidade da pessoa humana”; “valorização do trabalho humano”, “conforme os ditames da justiça social”). Nem mesmo a exceção restritíssima do art. 151 da nova Lei de Falências supera o óbice, na medida em que determina o pagamento, tão logo haja disponibilidade de caixa, *apenas* dos “créditos trabalhistas

¹⁰ Segundo informação do *site* do Supremo Tribunal Federal em maio de 2005, “a Confederação Nacional dos Profissionais Liberais (CNPL) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn 3.424), com pedido de liminar, contra dispositivos da Lei 11.101/2005, a nova Lei de falências. A entidade sindical contesta três artigos da norma”: o art. 83 (inc. I, alínea c, inc. VI e parágrafo único); o art. 86 (inc. I); e o art. 84 (inc. V). Até o presente momento está pendente o julgamento da referida ação, que encontra-se em conclusão com o Min. Ricardo Lewandowski, substituto do Min. Carlos Velloso na relatoria da ADIn, edecorrente da aposentadoria deste último.

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

de natureza *estritamente* salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores à decretação da falência, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador”. Trata-se de concessão insignificante, dada a natureza alimentar da remuneração do trabalhador, e, ainda mais, do fato de a norma do art. 83, inc. I, da Lei 11.101 abranger, também, os créditos decorrentes de acidentes do trabalho, no limite que impõe.

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

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

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

Instituto tão antigo quanto a história do direito comercial, a falência surgiu de forma incipiente já a partir do século XIII, inspirado no *concursum creditorum* do direito romano que, juntamente com os agregados do direito canônico, formava o direito comum, aplicável a devedores comuns e aos comerciantes – absorvendo os usos e costumes derivados das decisões dos juízes consulares, das corporações de mercadores. Veio assim timbrado pelo rigorismo e por sanções penais severas, que buscavam reprimir os abusos perpetrados por devedores desonestos, maculados pela infâmia, traduzida na sentença *decoctor ergo fraudator*. Guardadas as variações de povo para povo, a falência ingressa na *Ordonnance* de Luiz XIV, de 1673, com o princípio romano da *par condicio creditorum*, e daí para o *Code de Commerce* de 1807, marcado pela intolerância contra os devedores falidos, consagrada em célebre frase de Napoleão.¹³ As idéias humanísticas e liberais amenizaram ainda na França o rigor do Código, já na década de 30 do século XIX, passando a história do instituto por uma bifurcação, apartando-se o direito penal falimentar do aprimoramento das regras técnicas de melhor tutela dos credores, vinculadas por princípios econômicos que consideravam, de um lado, as repercussões do fenômeno no sistema de créditos, fundamental para a atividade comercial, e, de outro, o fato de que a quebra pode advir sem dolo ou culpa, devido aos riscos e os azares inerentes à atividade profissional do comerciante.

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

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

¹³ Locré registrou a comparação do Imperador: “Em toda a falência existe um corpo de delito, visto que prejudica os credores. É possível que ele não tenha má intenção, embora isso seja raro; mas o falido se defenderá. Um capitão que perde seu navio, por naufrágio, se recolhe desde logo à prisão; se se lhe reconhece que a perda de seu navio é consequência de um acidente, põe-se o capitão em liberdade” (cf. REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*, p. 12).

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

O critério fundamental para a caracterização da falência residia na cessação de pagamentos (art. 797).¹⁴ A falência poderia ser (1.º) casual, (2.º) com culpa ou (3.º) fraudulenta (art. 798); no primeiro caso, quando a insolvência decorresse de “accidentes” de casos fortuitos ou força maior (art. 799), dentre os quais se incluíam os que sucediam com comerciantes em situação regular (livros, documentos e contabilidade) e solvente, porém insolúvel, isto é, com fundos bastantes para pagar integralmente a todos os seus credores, mas sem a liquidez necessária para fazê-lo pontualmente (art. 898). No segundo, a culpa decorria das hipóteses arroladas no art. 800, dentre as quais se incluía a venda de mercadorias a preços inferiores aos correntes, o que a Lei 11.101/2005 qualifica como liquidação precipitada de ativos (art. 94, inc. III, *a*). Também era taxada de culposa (art. 801), a falência decorrente de escrituração irregular ou de ausência ou ocultação do devedor comerciante, valendo notar que esta última hipótese figura no art. 94, inc. III, *f* da Lei ora comentada. Por fim, a falência fraudulenta (art. 802), que comportava “cúmplices” (art. 803), decorria, dentre outras causas, da verificação de despesas fictícias, desvio de fundos e ausência ou falsificação de livros, hipóteses hoje previstas nas disposições penais da Lei 11.101/2005 (arts. 168 e ss.).

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

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

¹⁴ “Art. 797. Todo o commerciante que cessa os seus pagamentos entende-se quebrado ou fallido”.

número (votação por “cabeça”) e 2/3 dos créditos sujeitos aos efeitos da concordata. Aprovada com base nesse duplo critério deliberativo, a concordata alcançava todos os credores, com certas ressalvas (art. 852).

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

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

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

(c) Em 16 de agosto de 1902 sobreveio a Lei 859, regulamentada pelo Dec. 4.855, de 02 de junho de 1903, procurando corrigir as falhas do Dec. 917, e instituindo as figuras do “estado dos negócios” (não obstante o qual a impontualidade sem relevante razão de direito importava na declaração da falência – art. 1.º, *caput*), e do “estado de falência” (atos e negócios descritos no § 1.º do art. 1.º – semelhantes aos que constam no art. 94, inc. III, da Lei 11.101/2005).

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

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

Finalmente, em 21 de junho de 1945, foi editado o Dec.-lei 7.661, agora inteiramente revogado (Lei 11.101/2005, art. 200), inspirado em Projeto da lavra de Trajano de

¹⁵ “Art. 1.º. O comerciante, sob firma individual ou social, que, sem relevante razão de direito (art. 8.º), deixa de pagar na vencimento qualquer obrigação mercantil líquida e certa (art. 2.º), entende-se *fallido*”.

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

Miranda Valverde, porém ajustado com a colaboração dos Professores Filadelfo Azevedo, Ministro do Supremo Tribunal Federal, Hahnemann Guimarães, Consultor-Geral da República e do advogado Luís Lopes Coelho, além das contribuições dos Professores das Arcadas, Noé Azevedo e Canuto Mendes de Almeida, catedráticos, e Sylvio Marcondes, Livre-Docente de Direito Comercial.

Suas linhas gerais estão proficientemente elucidadas na Exposição de Motivos, subscrita pelo Ministro Alexandre Marcondes Machado, que requer transcrição, ainda que alongada, para cotejo crítico com a mudança radical operada pela opção legislativa adotada em 2005: “O anteprojeto suprime na administração da falência a figura do liquidatário. O processo de falência compreende duas fases bastante peculiares: na primeira, prepondera a investigação da vida econômica do falido e o exame da sua conduta no exercício profissional; na segunda, cuida-se da solução patrimonial da falência. Ambos os períodos, entretanto, se desenvolvem na unidade do processo da falência, cuja administração, por isso, não deve ser cindida. Com essa preocupação, o anteprojeto revigora a função do síndico, ampliando-lhe os deveres e assegurando-lhe a estabilidade. Tais medidas oneram o titular do cargo, mas o exercício deste constitui dever do comerciante em benefício do interesse coletivo do comércio, onde estão integrados os seus próprios interesses. Por força do princípio aceito, suprime a assembléia de credores, divisora das fases do processo, pois não há transmissão de poderes. E, porque a concordata não é objeto de votação, tal supressão nenhum inconveniente apresenta. Somente há lugar para a assembléia de credores, quando estes querem deliberar sobre a forma de se realizar a liquidação, e nesse caso, o projeto prevê a sua intervenção (...) O anteprojeto conceitua a concordata sob critério diverso do vigente. No direito atual, a formação da concordata depende da livre manifestação dos credores, através de *quorum* de votação, reservando-se ao juiz, simplesmente, a homologação do acordo com o devedor. A lei cogita apenas das condições em que a deliberação da maioria obriga a minoria. É peculiar ao instituto, no direito vigente, a imposição da deliberação da maioria sobre a vontade dos dissidentes. O sistema, entretanto, não produz os resultados que seriam de desejar. A preponderância da maioria, nas deliberações coletivas, somente se legitima quando todas as vontades deliberantes se manifestam, tendo em vista o interesse comum que as congregou. Ora, nas concordatas formadas por maioria de votos, os credores deliberam sob a pressão do seu interesse individual, deturpando o interesse coletivo da deliberação e tornando ilegítima a sujeição da minoria. *E a verdade é que, na vigência desse sistema, se tem verificado a constância dessa anomalia, através dos entendimentos externos do processo, o que importa na quebra da igualdade de tratamento dos credores, princípio informativo do processo falimentar. Atendendo a esse princípio, consagra a concordata como favor concedido pelo juiz, cuja sentença substitui a manifestação da vontade dos credores na formação do contrato, reservados, entretanto, a estes, o exame e discussão das condições do pedido do devedor em face das exigências da lei*”.¹⁷

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

O Dec.-lei 7.661 desdobrava-se diretamente em 14 Títulos, subdivididos em Seções, os 9 primeiros dedicados inteiramente à falência (art. 1.º *usque* 138), disciplinadas, a

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

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

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

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

A Seção I (“Disposições Gerais”) discrimina os créditos não exigíveis na recuperação judicial e na falência (art. 5.º), bem como o funcionamento do juízo universal, concomitantemente com os juízos singulares, com base em princípios de economia processual (art. 6.º), mais aprimorados do que os aplicáveis à execução coletiva e ao concurso civil de credores (art. 762 do CPC).¹⁸ A Seção II cuida “da verificação e da habilitação dos créditos” (arts. 7.º a 20); a Seção III, “do administrador judicial e do Comitê de Credores” (arts. 21 a 34), sendo este último órgão facultativo (art. 28); e, a Seção IV, “da Assembléia-Geral de Credores” (arts. 35 a 46), também facultativa, em princípio (arts. 36, § 2.º, 56 e 145), matéria que é complementada em outros artigos, sobretudo no art. 58, § 1.º, que estabelece *quorum* deliberativo especial, diverso daquele previsto nessa Seção.

A seguir vem o Capítulo III (arts. 47 a 72), dedicado à recuperação judicial, segundo topologia indicativa da ênfase que a nova Lei empresta a esse procedimento, que “tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica” (art. 47). Para as microempresas e empresas de

¹⁸ “Art. 762. Ao juízo da insolvência concorrerão todos os credores do devedor comum. § 1.º As execuções movidas por credores individuais serão remetidas ao juízo da insolvência. § 2.º Havendo, em alguma execução, dia designado para a praça ou leilão, far-se-á a arrematação, entrando para a massa o produto dos bens”. A jurisprudência vem amenizando o rigor do dispositivo, em homenagem ao princípio da economia processual, decidindo que “ao juízo da insolvência somente deverão ser remetidas as execuções movidas por credores individuais, e não toda e qualquer ação” (Cf. decisão coligida por NEGRÃO, Theotônio e GOUVEIA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor*, 36. ed., nota 2 ao artigo citado, p. 845).

pequeno porte está previsto Plano Especial de Recuperação, mais simplificado (Seção V, arts. 70 a 72), porém muito limitado, pois a moratória que prevê, agora para pagamento parcelado em 36 meses, com carência de 180 dias, abrange apenas parte dos credores quirografários (art. 71, incs. I, II e III).

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

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

5. Estrutura organizacional da falência e das recuperações

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

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

¹⁹ Como sabido, a Lei das S/A estabelece, no art. 115, que “o acionista deve exercer o direito de voto no interesse da companhia”, dispositivo em torno do qual há vasta literatura, que aborda temas tais como o abuso do direito de voto, a “tirania da maioria”, o conflito de interesses etc. E o dever que tem o acionista de votar “no interesse da companhia”, e não no seu, individual, vem sendo interpretada, no sentido de que o *interesse da companhia* correspondente ao interesse comum a todos acionistas, “*in quanto tali*” – que, transportado para a assembleia-geral de credores, implicaria em afirmar que o credor deve votar nesses conchaves tendo em mira o interesse comum de todos os credores, sem perder de vista a função social da atividade negocial do devedor e os demais

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

5.1 *Assembléia-Geral de Credores*

À Assembléia-Geral de Credores, embora órgão facultativo, a Lei assina papel tão relevante que lhe foi dedicada uma seção inteira, com nada menos do que doze artigos bem encorpados (Cap. II, Seção IV, arts. 35 a 46) – além de referências em inúmeros outros dispositivos, de menor ou maior importância (v.g., art. 58, § 1.º). Apesar disso o órgão não é de funcionamento obrigatório, e nem delibera na recuperação extrajudicial, podendo ser convocado pelo juiz (art. 36, *caput*), (i) a pedido de credores (art. 36, § 2.º), ou (ii) obrigatoriamente, neste último caso se houver objeções ao plano de recuperação apresentado pelo devedor (art. 56), ou para deliberar sobre formas especiais de realização do ativo, na falência (art. 35, inc. II, *c*). Na primeira hipótese, o funcionamento da Assembléia-Geral poderá desde logo tornar mais sofisticada e efetiva a administração da falência e da recuperação judicial, pois o conclave poderá constituir o Comitê de Credores (art. 26), órgão administrativo colegiado que passa a competir com o juiz, na fiscalização das atividades do administrador judicial, e no zelo “pelo bom andamento do processo e pelo cumprimento da lei” (art. 27, inc. I, *a e b*). A Assembléia-Geral de Credores também não é convocada na recuperação judicial de microempresas ou empresas de pequeno porte (art. 72). Os demais casos de convocação da Assembléia vêm previstos em vários outros mandamentos da nova Lei, tais como os arts. 35, 52, 56, 65, 73, 99, 145.

Embora não seja de sua competência a nomeação do administrador executivo (art. 52, inc. I e 99, inc. IX) – nem a sua substituição e a indicação do substituto, como preconizava o Projeto aprovado pelo Congresso, em dois dispositivos, vetados²⁰ – é atribuição

centros de interesse estabelecidos no art. 47 da nova Lei (v. a respeito, o nosso *Aumentos de capital das sociedades anônimas*, p. 253 e ss.).

²⁰ Trata-se das alíneas *c* dos inc. I e *a* do inc. II do art. 35. Foram as seguintes as razões do veto: “As alíneas *a* e *c* atribuem à Assembléia-Geral de Credores, dentre outras competências, a de deliberar sobre a substituição do administrador judicial e a indicação do seu substituto. Todavia tais disposições conflitam com o art. 52, que estabelece: ‘Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato: I – nomeará o administrador judicial, observado o disposto no art. 21 desta Lei; (...)’.

Verifica-se o conflito, também, no confronto entre esses dispositivos e o parágrafo único do art. 23, que dispõe: ‘Parágrafo único. Decorrido o prazo do *caput* deste artigo, o juiz destituirá o administrador judicial e nomeará substituto para elaborar relatórios ou organizar as contas, explicitando as responsabilidades de seu antecessor’.

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

Há, portanto, no texto legal, um equívoco que merece ser sanado, elidindo-se a possibilidade de a Lei vir a atribuir competências idênticas à Assembléia-Geral de Credores e ao Juiz da recuperação

da Assembléia-Geral, como assinalado, estruturar a administração dualista, mercê a constituição do órgão de deliberação colegiada, o Comitê de Credores, escolhendo e substituindo os seus membros, tanto na recuperação judicial, quanto na falência (art. 35, inc. I, *b* e inc. II, *b*).

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

Na recuperação judicial compete-lhe deliberar sobre a peça chave para a solução da crise econômico-financeira da empresa, ou seja, a “aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor” (art. 35, inc. I, *a*), se houver objeção de qualquer credor (art. 56). Na falência, decidir sobre questão também de grande relevância, a saber, a adoção de modalidades especiais de realização do ativo, na forma do art. 145 (art. 35, inc. II, *c*). E não está prevista a realização de assembleias gerais formais de credores na recuperação extrajudicial, reitere-se, na medida em que esta solução tem caráter de negócio jurídico privado (v. item 14, abaixo).

5.2 Comitê de Credores

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

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

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

judicial ou da falência, o que ensejaria a inaplicabilidade do dispositivo, com inequívocos prejuízos para a sociedade, que almeja a celeridade do processo, e para o próprio Governo Federal, que tem adotado ações que possibilitem alcançar esse desiderato.

Finalmente, impõe-se registrar que o veto afastará, de plano, a possibilidade de que seja nomeada para o encargo pessoa que não seja da confiança do juízo”.

5.3 *Administrador judicial*

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

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

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

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

Além dessa intromissão, na falência – que afinal é um processo judicial, de execução coletiva – ao magistrado foi atribuída função aparentemente secundária, nas recuperações. Na recuperação judicial, tem o poder apenas de deferir o processamento do pedido do devedor (art. 52), mas em princípio não pode julgá-lo, no mérito, eis que neste ponto está limitado a “conceder” a recuperação, desde que cumpridas as exigências legais,²¹ mas desde, também, que o plano respectivo não tenha encontrado objeção dos credores, ou tenha sido aprovado pela Assembléia-Geral (art. 58). O máximo que se permite ao magistrado é convocar a Assembléia de credores para reexaminar deliberação anterior de não aprovação do plano proposto pelo devedor, com o *quorum* menos rigoroso previsto no § 1.º do art. 58. A Lei não obriga o magistrado a adotar tal iniciativa; mas a interpretação ora ensaiada tem presente que o parágrafo citado se acha colocado exatamente no dispositivo que cuida da concessão de plano de recuperação ao devedor – o que não obsta o juiz, que não é mero

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

cartorário, a suscitar nova manifestação dos credores, se as circunstâncias, a experiência e a sua especialização assim o recomendarem. Mesmo porque a matéria transcende aos interesses dos credores, que é apenas um, reitere-se, dentre os vários e relevantes centros de interesse alinhados no art. 47, visando a solução da crise econômico-financeira do devedor, titular de empresa que exerce, constitucionalmente, função social (v. item 6, abaixo).

Cabe assinalar, por derradeiro, que as dúvidas que têm sido suscitadas com maior frequência em relação à nova Lei, consistem em saber de que modo o Judiciário exercerá a função que agora lhe foi atribuída, no novo regime da falência e das recuperações, e qual será a sua contribuição para a boa operacionalização da Lei 11.101/2005. A perspectiva, a julgar pelas reações iniciais, não deixa de ser positiva. Primeiro, já se verificam iniciativas concretas, como a do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que criou três Varas especializadas na Capital para cuidar exclusivamente da matéria, sendo que duas delas estão em funcionamento desde 10 de junho de 2005, início da vigência da nova Lei;²² e no Tribunal de Justiça foi criada também uma Câmara especializada (Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais) para cuidar de matéria falimentar e recuperação de empresas.²³ Segundo, pela ação do Ministério da Justiça, através de sua Secretaria de Direito Econômico (SDE), que vem organizando, como já o fez em convênio com a Escola de Magistratura do Rio de Janeiro, cursos de especialização para juízes, promotores e procuradores.²⁴ Mas parece claro que esse otimismo merece ser temperado com boa dose de realismo, senão de ceticismo, em face da realidade atual no campo das falências e concordatas.²⁵

5.5 Ministério Público

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

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

Está definitivamente consolidada entre nós a noção de que a empresa exerce função social, até por determinação constitucional (art. 170, *caput* e inc. III, da CF). O marco a

²² Conforme Res. 200/2005 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo.

²³ A Câmara encontra-se em funcionamento com sessões quinzenais, sob a presidência do Des. Elliot Akel.

²⁴ A experiência foi inspirada em exemplos da Europa e do hemisfério norte de nosso continente, notadamente o Canadá, que permitiu o afastamento de alguns juízes para estudar o novo Código Civil daquele país. Informa-se que a experiência referida no texto será estendida a outros Estados, já estando encaminhada a especialização de mais 40 daqueles mesmos profissionais no Estado de São Paulo (cf. *Valor Econômico*, 01.03.04.2005, p. E-1).

²⁵ Fazendo alusão ao mencionado curso de especialização, o mesmo periódico informa que o Estado do Rio de Janeiro já dispõe, somente na Capital, de oito Varas especializadas, o que não impediu que acumulassem, até o final de 2004, um total de 3.326 ações de falência (cf. *Valor Econômico*, 22.03.2005, p. E-1). Só o tempo dirá, portanto, se a soberania da Assembléia-Geral de Credores, a melhor estruturação e profissionalização da administração, os prazos reduzidos da nova Lei (alguns manifestamente irrealis) e o papel agora secundário do Poder Judiciário irão ou não imprimir a desejada celeridade à solução da crise econômica da empresa.

partir do qual esse salto valorativo na visão da atividade empresarial foi introduzido em letra de fôrma em nosso ordenamento jurídico reside, por certo, na Lei 6.404/1976, que embora ironicamente promulgada ainda sob o regime autoritário, prescreve, de forma didática, em seu art. 116, parágrafo único, que “o acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua *função social*, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”.

Apesar de o referido diploma legal disciplinar as sociedades por ações, dúvidas não ensombream, (i) que o enunciado transcrito aplica-se a toda e qualquer atividade empresarial, exercida individualmente ou através de qualquer outra forma societária; (ii) e que o elenco de interesses extra-societários que a atividade empresarial “deve lealmente respeitar e atender” não se esgota naqueles pólos referidos no dispositivo, pois unidade produtiva geradora de riquezas que é, a empresa, atuando em seguros quadros constitucionais e legais (traduzidos nas expressões em moda, “marcos legais” ou “regulatórios”), criados pela sociedade através do Congresso Nacional, não mais pode pautar-se por interesses exclusivamente egoísticos e na procura obsessiva e predatória de lucros, cabendo-lhe também atender, e por força da Constituição, os direitos dos consumidores, o regime de livre concorrência, a preservação do meio ambiente, do patrimônio histórico e cultural do País etc. Em razão dessa função de grande relevo é que a nova Lei estrutura mecanismos que conduzam à sua preservação, superando as naturais crises econômicas e financeiras pelas quais venha a passar o devedor empresário.

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

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

Com efeito, o art. 47 da Lei 11.101/2005, ao estabelecer os objetivos da recuperação judicial, dispõe que o instituto visa “viabilizar a superação da situação de crise econômico financeira do devedor, a fim de permitir a *manutenção da fonte produtora*, do *emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores*, promovendo, assim, a *preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica*”.

À dicção do art. 116, parágrafo único da Lei 6.404/1976, o diploma legal comentado indica expressa e diretamente outro centro de interesses extra-societários (que amalgama os credores), o que é curial em uma lei que busca prevenir (recuperações) a execução coletiva e o concurso de credores (a falência), na qual, em tese e quase sempre, na prática, todos aqueles terão perdas, em maior ou menor grau. Mas a nova Lei reafirma, explícita e enfatiza a função social da atividade empresarial, qualificando-a como fonte

produtora que cabe manter e preservar, em prol do estímulo à atividade econômica, e há aqui, implícita e indiretamente referido, outro centro de interesses, da sociedade em geral e da Fazenda Pública, em particular, que dela recebe tributos – objetivos que, nem sempre, ou raramente, estão na mira dos credores, que segundo a lógica do capitalismo procuram, como razão de eficiência empresarial, proteger e recuperar os seus créditos da empresa em crise.

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

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

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

A advertência é antiga, mas a realidade pouco mudou, pois é da natureza da atividade empresarial, especulativa no bom sentido da palavra, que o credor persiga seus interesses pessoais, mesmo porque a própria atividade que exerce tem, ela própria, função social. Reconheça-se a evolução na cultura empresarial, traduzida em iniciativas, ainda tímidas, em direção ao atendimento de interesses extra-societários, expressas em relatórios da administração de grandes companhias, algumas, muitas vezes, com grande publicidade e pouca substância, que chegam a constar de tópico apartado (“Relatório Social”), em rubricas como “projetos sociais”, “projetos culturais”, “projetos esportivos”, “programas de qualidade de vida”, “saúde, segurança e meio ambiente”.²⁶ Em face, porém de créditos a recuperar, é natural esperar ações imediatistas e até egoísticas, como é próprio do regime capitalista. Daí porque é de duvidosa sabedoria o veto integral oposto ao art. 4.º da Lei 11.101, que resguardava uma ação mais efetiva do Ministério Público em prol dos interesses da coletividade (v. comentários ao citado art. 4.º, itens 47 e ss., abaixo), pois ao juiz, nas recuperações judicial e extrajudicial, foi atribuída função meramente sancionadora da deliberação dos credores (art. 58), em princípio (v. item 5.4, *supra*).

Ainda que a recuperação judicial não mais se constitua direito unilateral ou potestativo do devedor, um “favor legal”, como afirmavam os comentadores do Dec.-Lei 7.661/1945, parece demasiado atribuir aos credores, sem os necessários contrapesos, a competência para avaliar e deliberar soberanamente sobre “a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor (...) a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores (...) a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica” (art. 47, c.c. arts. 55 e 56). Afinal, a ninguém é dado ignorar o

²⁶ Exemplos retirados do Relatório de Administração de uma das maiores empresas de telecomunicações do País (jornal *Valor Econômico*, 30.03.2005, p. A21-A36).

peso do poder econômico no mercado e a necessidade de contrabalançar essa realidade insuprimível, exteriorizada em seus vários segmentos.

7. Poder de controle societário e controle externo dos credores

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

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

Pois se é certo, como já foi frisado, que a Lei 6.404/1976, com pioneirismo, trouxe para o prosclênio jurídico a figura do acionista controlador, não é menos exato que o fez de forma incompleta, ao disciplinar apenas o poder de controle *interno*. Sucede que de há muito, a começar por antigos precedentes da jurisprudência norte-americana, passando pela Lei Acionária alemã de 1937 e pelo *Codice Civile* italiano de 1942, inúmeros ordenamentos jurídicos vêm reconhecendo e procurando disciplinar o chamado controle *externo*, que se manifesta, *de fato*, por formas diversificadas, que foi apreendida em alguns textos legais sob o conceito de “influência dominante”.²⁷

Dentre essas formas de influência dominante externa figura, em primeiro lugar, o controle exercido pelos credores da sociedade, que a submetem, em razão do endividamento e da conseqüente dependência econômica, a sua orientação e aos seus desígnios²⁸ – e não é de se estranhar que venha ocorrer nas recuperações de que trata a lei.

Legem habemus, afinal. Cabe, doravante, ao aplicador do direito, suprir a falha, seja recorrendo aos “princípios gerais” sobre a matéria,²⁹ e, principalmente, ao atual sistema de direito obrigacional privado unificado, que passou a ter como pedras de toque, como sabido, a função social do contrato e dos negócios jurídicos (art. 421 do CC) e os deveres da boa-fé e probidade dos contratantes, “tanto na conclusão, como em sua execução”

²⁷ V.g., art. 2.359 do Código Civil italiano: “(Società controllate e società collegate) Sono considerate società controllate: (...) 2) le società che sono sotto l’influenza dominante di un’altra società in virtù delle azioni o quote da questa possedute o di particolari vincoli contrattuali con essa (...)” – grifamos.

²⁸ É a opinião de Fábio Konder Comparato. Após esclarecer que “as situações (de controle externo) são as mais variadas”, expôs lição que cabe como luva ao argumento do texto: “Há, assim, em primeiro lugar, toda uma situação de hipóteses em que o controle externo resulta de uma situação de endividamento da sociedade. Em razão do seu direito de crédito, cuja execução forçada pode levar a companhia à falência, o credor passa, muita vez, a dominar a devedora, comandando a sua exploração empresarial” (COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*, p. 64, nossos os grifos).

²⁹ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *Idem*, p. 77, nota 22 e parte III.

(idem, art. 422) – sabendo-se, tal como sustentamos, que a recuperação, judicial ou extrajudicial, constituem modalidades de negócios jurídicos (cf. itens 13 e 14, abaixo), adstritos, portanto, a esses padrões negociais, que sobretudo a Assembléia-Geral de Credores deve ter presente, ao aprovar, modificar ou rejeitar o plano submetido pelo devedor (art. 35 da Lei comentada). E mesmo o credor ao formular, fora da Assembléia, “objeções” ao plano (art. 55).

7.1 Abuso do poder econômico

E sempre haverá, segundo as circunstâncias, como recorrer à legislação de repressão ao abuso do poder econômico, atualmente consubstanciada na Lei 8.884, de 11 de junho de 1994. Segundo este diploma legal, que já incorpora o conceito de “posição dominante” (art. 20, §§ 1.º e 2.º), as iniciativas do credor ou credores, diante de devedor que enfrenta crise econômico-financeira podem constituir, conforme o caso, infração da ordem econômica, “independentemente de culpa”, nos termos do citado art. 20, que desde logo indica, como tal, “os atos *sob qualquer forma manifestados*, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não alcançados: (...) IV – exercer de forma abusiva *posição dominante* (...)”. Os trechos grifados indicam a possibilidade, primeiro, de que o ato do credor seja externado na Assembléia-Geral de que trata a Lei (arts. 45 e 58), ou fora dela, se apresentar “objeções” ao Plano (art. 55); e, segundo, que a posição dominante possa decorrer do controle externo mencionado no item anterior.

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

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

Falir, do latim *fallere*,³⁰ faltar, figura nos léxicos modernos como “suspender os pagamentos, não ter como pagar aos credores, ser mal-sucedido, malograr-se, fracassar”; e os de melhor qualidade até apresentam noção jurídica de falência bem proficiente: “Execução coletiva do devedor comerciante, à qual concorrem todos os credores, e que tem por fim arrecadar o patrimônio disponível, verificar os créditos, solver o passivo e liquidar o ativo, mediante rateio, observadas as preferências legais”. O termo falimento é registrado como sinônimo de falência, sobrecarregado da acepção “culpa punível, erro,

³⁰ Que advém do radical sânscrito *sphall*, vacilar, mover, desviar e do grego *sphallen*, faltar; em inglês *fall*, *fail*, cair, faltar; em francês *faillir*, *faillite*, enganar, pecar, faltar; em italiano *fallite*, *fallimento*, com o mesmo significado, o que não ocorre em português; em alemão *fallen*, *fehlen*, cair, decair, faltar, cair em falta (cf. Aulete, Cândido de Figueiredo e Frei Domingos Vieira, citados por CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*, v. 7, p. 7).

omissão”.³¹ Quebra era a palavra portuguesa que mais comumente designava o instituto desde as Ordenações, antes da inclusão da palavra falência na lei, tendo composto a epígrafe do Título I, Parte III, do Código Comercial de 1850, que suprimiu o vocábulo bancarrota, usado no Código Criminal de 1830 para designar a falência fraudulenta.

O estigma da falência como estado que decorre da fraude ou atos delituosos praticados pelo devedor comerciante já foi de há muito superado. Nas palavras de Valverde, escritas na Introdução de seus Comentários, “são inúmeros os fatores que provocam o abalo do crédito. Uns de ordem geral, econômicos, financeiros, políticos, com influência em todos ou alguns ramos da atividade humana; outros, de ordem particular, dizem respeito ao devedor, ao modo por que administrou os seus negócios”.³² A falência, processo de execução coletiva empresarial, não se concentra apenas na atuação individual e muitas vezes predatória do falido, que pode destruir o valor econômico da unidade produtiva e de circulação de riquezas, pois as causas de suas dificuldades econômicas, como visto, não decorrem apenas do modo como conduz seus negócios, muitas vezes de boa-fé e com má sorte, mas de fatores conjunturais, de ordem geral ou setorial.

A Lei 11.101/2005, que não define o instituto, prescreve os seus objetivos, no novo sistema de soluções para a crise econômica da atividade negocial, nessa mesma linha: “A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa preservar e otimizar a utilização dos bens ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa” (art. 75). Trata-se de concepção atual, segundo a qual o instituto, embora conduza à dissolução e extinção da atividade empresária individual (Lei 11.101/2005, art. 102), e da sociedade empresária (idem, c.c. CC, arts. 994, § 2.º, 1.044, 1.051 e 1.087 e Lei 6.404/1976, art. 206, inc. II, c), deve obedecer ao que denominamos, em outra obra, a “lógica” do capitalismo.³³ Se entre a dissolução e a extinção do devedor falido medeia um procedimento de liquidação, nada mais natural que este se faça “otimizand” os bens, ativos, recursos produtivos e os intangíveis, mercê seu melhor aproveitamento, na sua

³¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*, p. 754.

³² VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 1, p. 5-6, acrescenta: “As organizações comerciais modernas, quaisquer que sejam, sem ele [o crédito] não podem desenvolver com amplitude os seus negócios, atuar com eficácia no campo largo e aberto pela concorrência. A mobilização do crédito, entretanto, o seu valor no sistema circulatório das riquezas, é uma conquista recente. Podendo originar-se das mais variadas transações, das quais ocupa o primeiro lugar a compra e venda, reveste o crédito a forma legal de documento ou papel em que materializa. Aparece, assim, no mundo dos negócios como um valor em si, facilitando por isso ao seu portador novas operações, a procura de capitais disponíveis, indispensáveis ao movimento regular do comércio. As conseqüências são sempre desastrosas. Desaparece, imediatamente, confiança, base do crédito, que o devedor inspirava às pessoas com quem transacionava, e não só os credores, mas ainda terceiros, conhecedores do fato, passam a considerá-lo indivíduo suspeito, traçam-lhe um círculo de isolamento, que mais e mais se estreita, e do qual raros são os que saem com dignidade. Insolvente o devedor, levanta-se, inevitável, o conflito de interesses entre ele e os credores, e ainda entre estes, cada qual procurando tirar da situação o melhor proveito. Não se resolveria tal conflito, ou sê-lo-ia tardiamente, com graves desvantagens para todos os interessados, se diversas vias judiciárias ficassem abertas à ação peculiar de cada credor, tendente a efetivar o seu direito sobre o patrimônio do devedor, que perderia, extraordinariamente, com esse fracionamento, o seu valor econômico. Surge, então, no desenvolvimento das instituições jurídicas, o processo de execução coletiva. A idéia, relativamente nova, de que os bens do devedor constituem a garantia comum dos credores, preside o regular funcionamento do instituto e o disciplina”.

³³ V. a respeito o nosso *Dissolução e liquidação de sociedades*, p. 5.

transferência ou re-inserção no mercado, *in natura* ou em moeda, o que permite não só a preservação de toda a riqueza patrimonial da empresa, que não se limita à soma dos bens individuais, como melhor atende aos interesses dos credores, pela maximização dos valores a partilhar, por rateio.

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

A execução civil singular, diante da cessação generalizada de pagamentos pelo réu, dá lugar à execução coletiva contra devedor insolvente. E isto porque a primeira pressupõe o inadimplemento pontual, pois “realiza-se a execução *no interesse do credor*, que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados” (art. 612 do CPC – grifo nosso). Se forem vários os inadimplementos, e a penhora recair sobre os mesmos bens, “cada credor conservará o seu direito de preferência” (idem, art. 613), mas as execuções diversas (ou fases de cumprimento de sentença, conforme cada caso concreto), e em juízos diferentes, continuarão singulares.

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

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

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

10. Falência e execução coletiva empresarial: insolvência e insolvabilidade

Já no âmbito das relações empresariais, por suas próprias peculiaridades, pelo dinamismo que as matiza e pelos reflexos da quebra no ambiente econômico, a legislação falimentar formula de modo diferente da civil o fato gerador da ação de execução coletiva empresarial. Com efeito, a nova Lei de Falências, segundo a tradição de nosso direito, erige a *impontualidade* do devedor, desprovida de relevante razão de direito, em fator desencadeador da falência, *verbis*: “Art. 91. Será declarada a falência do devedor que: I – sem relevante razão de direito, não paga no vencimento obrigação líquida material-

zada em título ou títulos executivos protestados, cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários mínimos na data do pedido de falência”.

Mais severamente ainda, a Lei erige inclusive o “*risco iminente*” de *impontualidade* em fator determinante da decretação da falência, devido à prática de determinados atos ou negócios jurídicos enumerados no art. 94, inc. III,³⁴ ao lado da impontualidade qualificada (art. 94, inc. II).

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

Reitere-se que o velho Código Comercial de 1850, seguindo o modelo do Código Comercial francês, também não considerava a insolvência fator único ou principal da execução coletiva. Dispunha, no livro “Das Quebras” – e como já foi lembrado no item 3, supra – que “todo comerciante que cessa seus pagamentos entende-se quebrado ou falido” (art. 797). Comentando a regra, no contexto, igual, do direito francês, Lyon-Caen e Renault prelecionavam: “Admitindo que a cessação de pagamentos do comerciante é condição essencial da declaração da falência, o Código de Comércio se vincula a um *fator externo*, cuja constatação é possível, e não o estado real da fortuna do comerciante. Não cogita se ele é solvável ou insolvável, isto é, se seu ativo é superior ou inferior ao seu passivo. Do que decorrem duas conseqüências importantes, em sentido inverso: a) o comerciante que tem passivo inferior a seu ativo, mas goza de crédito, graças ao qual consegue satisfazer suas dívidas exigíveis, não pode ser declarado falido; b) ao contrário, um comerciante que não paga suas obrigações, pode ser declarado falido, ainda que pretenda ser solvável e o seja efetivamente”.³⁵

É a posição de Carvalho de Mendonça, com apoio nas lições de Rocco: “Vai perdendo cada dia mais terreno o critério preconizado pelos antigos juriconsultos italianos e abraçado pelo velho direito germânico, a *insuficiência do ativo para cobrir o passivo*, conhecido na teoria sob a denominação de sistema de desequilíbrio econômico. O excesso do passivo sobre o ativo, a simples desproporção aritmética ou o déficit não passa de

³⁴ Nas palavras de Sylvio Marcondes, o Dec. 917, de 1890, que “consubstanciou a nossa primeira lei especial falimentar, onde também se preteriu a *insolvência*, como geratriz da quebra e, ao contrário, aperfeiçoando o índice exterior da *cessação de pagamentos* – que tantas incertezas causara na jurisprudência – fez emergir a falência: da *impontualidade* do devedor, ou de determinados *atos ou fatos* que, indicativos do ‘*risco iminente*’ de impontualidade, caracterizam a falência. O novo sistema, originalidade do direito pátrio, criado por Carlos de Carvalho, permaneceu vigorando, na sucessão das leis posteriores e constitui objeto dos arts. 1.º e 2.º do vigente Dec.-lei 7.661, de 21 de junho de 1945” (Cf. MARCONDES, Sylvio. *Questões de direito mercantil*, p. 129-130, grifos do original).

³⁵ No *Traité de droit commercial*, v. 7, n. 55-57, citado por Sylvio Marcondes, *Questões de direito mercantil*, p. 128-129, nossos os grifos.

um fato apreciável no domínio da contabilidade. O ativo pode estar ao nível ou apresentar-se superior ao passivo; o devedor, entretanto, incorre em falência se, em virtude de circunstâncias extraordinárias, não dispõe de valores realizáveis bastantes para satisfazer obrigações líquidas no momento exato da prestação. Ao contrário, o passivo pode ser maior que o ativo e o devedor dispor de meios para a execução das suas obrigações a tempo e hora, devido isso a sua habilidade de empresário, à sua capacidade de trabalho etc., em suma, ao seu crédito”.³⁶

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

Não nos parece exato afirmar, como já tem sido propalado após a promulgação da nova Lei, que a falência perdeu seu caráter de cobrança coercitiva de dívida.³⁷ Ao contrário, essa função sobrevive doravante, e foi até em muito reforçada.

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

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

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

É importante assinalar que a Lei 11.101/2005 também robusteceu a função de cobrança da falência, *mediatamente*. Primeiro, na recuperação judicial, pois a suspensão das execuções, individuais ou coletivas, se dá por prazo muito limitado, irreal, se se quiser, findo o qual ressurge por inteiro “o direito dos credores de iniciar ou continuar

³⁶ CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*, p. 192-193.

³⁷ Os dados de levantamento nacional realizado pelo SERASA sobre falências requeridas e decretadas, no período de 1994 a 2004, retratam na medida em que o pedido de execução coletiva empresarial vem sendo utilizado com esse propósito: 1994: 12.994 falências requeridas/2.088 falências decretadas; 1995: 33.725/2.721; 1996: 47.183/5.149; 1997: 33.939/5.594; 1998: 30.762/5.476; 1999: 30.962/5.935; 2000: 14.978/5.144; 2001: 12.693/3.919; 2002: 19.915/4.928; 2003: 19.137/5.637; 2004: 13.112/4.316 (Fonte: *Tribuna do Direito*, maio 2005, p. 19).

suas ações e execuções, *independentemente de pronunciamento judicial*” (art. 6.º, § 4.º). Segundo, na recuperação extrajudicial, caso o credor que não se disponha a aderir, ou queira boicotar o plano negociado pelo devedor com os demais, posto que o pedido de homologação não suspende o direito de requerê-la (art. 161, § 4.º).

(b) Se a falência é ou não um meio de cobrança é questão que dividiu a doutrina brasileira. Miranda Montenegro e Carvalho de Mendonça são indicados como os principais autores que a respondem negativamente, mas a opinião deste último grande jurista não é exatamente a que lhe atribuem: “Não é a *falência meio normal* de obter do credor o cumprimento exato da obrigação assumida pelo devedor – diz o mestre – se este, por motivos atendíveis ou ainda por culpa, má-fé ou força maior, não a desempenha, nem se acha em condições de desempenhá-la, mas *remédio extraordinário*, que institui o concurso de credores sobre o patrimônio realizável do devedor comum, manifestada que seja a impossibilidade de satisfazer pontualmente os seus compromissos”.³⁸

Em posição diametralmente oposta – mais aderente ao que se passa na praxe empresarial e forense – Otávio Mendes sustentava que “o credor que requer a falência de um devedor não se limita a praticar um ato assegurador de seu direito. Ele pretende mais; ele quer, pela liquidação de todo o patrimônio do devedor, obter senão o pagamento integral do que lhe é devido, pelo menos o maior pagamento que for possível conseguir daquela liquidação. Não vemos, portanto, como se possa negar à falência caráter de ‘meio de cobrança’”. Bento de Faria, endossando a tese de Otávio Mendes, era ainda mais enfático: “Se a falência não é meio de cobrança, que é então? Execução coletiva? Mas o objeto de toda a execução é obter um pagamento; o de cobrar, portanto”.³⁹

Mais recentemente Rubens Requião, após asseverar que ambas as posições repousam em razões ponderáveis, conclui: “Assim, sob o ponto de vista do credor, a falência, embora uma execução extraordinária e coletiva, constitui um meio de obter a cobrança de seu crédito”.⁴⁰

12. Natureza jurídica da falência

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

12.1 Generalidades

No que diz respeito à falência, muito foi escrito sobre o tema, bastando, neste ponto, mencionar o recenseamento da melhor doutrina. Por todos, o saudoso Rubens Requião,⁴¹

³⁸ CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*, p. 19-20. Por ter transcrito em nota de pé de página acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 01.09.1899 e 15.10.1926 que afirmaram textualmente que “a falência não é meio de cobrança”, Carvalho de Mendonça é incluído entre os autores que sustentam essa posição, quando em verdade o que diz, tal como consta do trecho constante do texto, é que a execução coletiva não é “meio normal” de cobrança.

³⁹ Cf. REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*, v. 1, p. 32-33.

⁴⁰ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*, loc. cit.

⁴¹ Na bem cuidada Seção sobre a “natureza jurídica da falência”, incluída no Cap. I, Parte I, itens 12 a 17 da *Curso de direito falimentar*, p. 25-39.

que além de sustentar, como assinalado, que a falência é um meio extraordinário de execução, coletiva, destaca que o procedimento é de ordem pública, embora voltado ao atendimento do interesse comum de todos os credores, que se agregam no juízo universal.

Prossegue o mestre assinalando que essa dupla visão do fenômeno foi muito explorada na doutrina italiana: “Na ordem da análise de Jaeger, tanto a *par condicio creditorum* como o saneamento empresarial constituem elementos que se devem levar em conta para a compreensão da finalidade do instituto falimentar, mas ambos os princípios não se sobressaem dominadores, mas se compõem ou se constituem como elementos imprescindíveis à garantia geral do crédito, que deve ser promovido e assegurado pelo Estado, por meio da lei. É claro que a segurança do crédito é elemento essencial para a estabilidade econômica e, nos países menos desenvolvidos, instrumento básico para o seu progresso. Tudo isso a lei falimentar pretende realizar”.

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

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

12.2 Natureza da falência na Lei 11.101/2005

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

E isto porque a falência passa a ter objetivos voltados à liquidação do patrimônio do devedor sob a égide da conservação e o melhor aproveitamento do valor econômico da unidade produtiva, cujo titular é afastado de suas atividades (art. 75), se empresário individual, ou ingressa em processo de dissolução e liquidação, se sociedade empresária (arts. 994, § 2.º, 1.044, 1.051 e 1.087 do CC; e art. 205, inc. II, c, Lei 6.404/1976). Processa-se em juízo universal, indivisível (art. 76), da mesma forma que sucede com o concurso de credores civil (art. 751, inc. III, do CPC), com a intervenção do Ministério Público estritamente limitada às hipóteses previstas em lei, em razão do veto oposto ao art. 4.º (v. os comentários a esse artigo, especialmente o item 6). A condução administrativa do procedimento não fica mais a cargo de síndico escolhido entre os credores, que geralmente não soem ser profissionais em matéria de liquidações (art. 60, *caput* e §

2.º do Dec.-lei 7.661/1945; para o concurso civil de credores: art. 761, inc. I, do CPC). A administração da falência é agora profissionalizada, exercida preferencialmente por profissional idôneo, advogado, administrador de empresas, contador ou *pessoa jurídica especializada* (art. 21), sob a fiscalização do Comitê de Credores (art. 27, inc. I, *a*), se houver (art. 28), que zelará pelo bom andamento do processo (art. 27, inc. I, *b*). A alienação dos bens do ativo do devedor deve ser realizada mediante negócios jurídicos empresariais (art. 140), e não apenas os previstos no citado dispositivo, mas também por meio de negócios jurídicos diferenciados ou atípicos, propostos pelo administrador judicial ou pelo Comitê de Credores (art. 142), ou aprovados pela Assembléia-Geral de Credores (art. 35, inc. II, *c*, c.c., art. 145). As formas de alienação dos bens patrimoniais do falido são tipicamente empresariais (art. 142: leilão, por lances orais; propostas fechadas; pregão), diversamente do que ocorre com a execução coletiva civil (art. 773 do CPC – praça ou leilão).

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

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

Também no que se refere às sociedades empresárias, a falência é *causa extraordinária* de dissolução (arts. 994, § 2.º, 1.044, 1.051 do CC e 1.087, e art. 205, inc. II, *c*, da Lei 6.404/1976), e forma *extraordinária* de *liquidação judicial*, que figura ao lado das demais causas e formas de *liquidação ordinárias*, administrativas e judiciais (arts. 994, § 2.º, 1.034, 1.035, 1.044, 1.051, 1.087c.c. art. 1.033, incs. I a V, do CC e; art. 206, incs. I a III da Lei 6.404/1976), finda a qual se opera a *extinção* do contrato social e da respectiva pessoa jurídica, se personalizada a sociedade (art. 51 do CC), fato que também deve ser averbado no Registro de Empresas Mercantis (art. 51, § 3.º, do CC).⁴²

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

13. Natureza das recuperações. A recuperação judicial

Segundo o próprio texto da Lei 11.101/2005, tanto a recuperação judicial, quanto a extrajudicial, constituem sucedâneos da concordata, tanto que os devedores que se achavam, quando da promulgação da Lei, proibidos de requerer a última, nos termos de legislação específica, ficam igualmente proibidos de requerê-las (art. 198). E a recuperação judicial pode se aproximar ainda mais da concordata se o Plano estipular, apenas, a “concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas” (art. 50, inc. I), o que, na perspectiva do devedor, sempre será a melhor solução. Mas na aproximação reside, paradoxalmente, a nota diferencial entre ambos os institutos: no sistema do Dec.-lei 7.661/1945 a concordata era uma moratória concedida como “favor” legal, unilateralmente requerido pelo devedor, e que seria deferida pelo juiz, desde que presentes os requisitos legais para tanto – mesmo contra a vontade de um, vários ou todos os credores. Doravante a “concessão” pelo juiz da recuperação judicial pressupõe, *sempre*, a aprovação dos credores, (i) seja pela ausência de objeções de qualquer um deles ao Plano, (ii) seja pela aprovação do Plano pela Assembléia-Geral de Credores (art. 58, *caput*). O mesmo sucede com o plano especial de recuperação judicial para as microempresas e empresas de pequeno porte (art. 72, parágrafo único).

O papel do juiz, como já foi exposto no item 5.4 supra, é em princípio sancionatório, o que leva à conclusão de que a nova Lei disciplina um negócio jurídico privado, bilateral porque celebrado por duas *partes*: (i) de um lado o devedor, que apresenta o Plano, e aqui o pólo contratual é unisubjetivo, pouco importando o que deve suceder na prática, ou seja, que tal Plano tenha sido estruturado adrede e de comum acordo com seus principais credores; (ii) do outro lado, na relação bifronte, com direito e obrigações ditos “co-respectivos”, todos os demais credores, num pólo que é plurisubjetivo,⁴³ composto por aqueles que aceitaram a proposta tacitamente ou pelo silêncio, no prazo previsto no art. 55, durante o qual poderiam ter apresentado objeções (art. 111 do CC), ou sujeitos, por força de lei e segundo princípio hoje pouco discutível em matéria empresarial – e os conclaves de acionistas das S/A fazem prova da asserção – à deliberação majoritária da assembléia-geral de credores.

Estas precisões são feitas a propósito das teorias elaboradas a respeito da natureza jurídica das concordatas, que devem ser escrutinadas a partir do novo ditado legal, que traça o perfil das recuperações, tanto a judicial, quanto a extrajudicial, sob prisma nitidamente privado, de índole negocial. Segundo excelente síntese de Requião,⁴⁴ as teorias sobre a natureza jurídica das concordatas são usualmente classificadas em três grupos: a teoria processual, a teoria da obrigação legal e a teoria contratual. A última delas, já examinada quanto à falência, traduzida para alguns autores em decisão judiciária, para

⁴³ É atualmente incontroversa a distinção entre *parte*, centro de interesses, que pode ser composta por um ou mais sujeitos de direito, e *sujeito de direito*, ou seja, quem assume, em negócio jurídico, direitos e obrigações, isoladamente ou em conjunto com outros, integrando ou não a mesma *parte* de determinada relação obrigacional (e, pela presença de vários sujeitos num mesmo pólo de interesses, diz-se que a parte é plurisubjetiva). A distinção, no âmbito do direito comercial, deve muito à elaboração de Ascarelli sobre os contratos plurilaterais, estes, sim, com várias *partes* contratantes, cada uma delas podendo, também, ser uni ou plurisubjetivas (v., a respeito, nosso *Consórcios de empresas, passim*).

⁴⁴ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*, v. 2, p. 12 e ss.

outros na concordata processual, deve ser parcialmente afastada pelos motivos já expostos (cf. item 12, supra). A segunda é teoria que foi adotada, conjugadamente com a anterior, no sistema peculiar criado pelo Dec.-lei 7.661/1945, segundo a clássica explicação de Valverde: “A configuração nitidamente processual que a lei imprimiu ao instituto da concordata, quer preventiva, quer suspensiva da falência, não permite mais se duvide de sua feição característica – um favor que o Estado, por intermédio do Poder Judiciário, concede ao devedor comerciante, infeliz e de boa-fé”.⁴⁵ “Favor”, “que o Estado concede através do Poder Judiciário” – repete-se o mestre – que vinha acompanhado da obrigação legal de o devedor cumprir os seus termos, sob pena de decretação da falência.

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

Quando o negócio se realiza sem a participação da Assembleia-Geral de Credores parece que essa conclusão não encontra maiores resistências. O mesmo se dá na hipótese da aprovação do negócio pelo conclave de credores, em virtude da evolução experimentada pelo direito obrigacional, sobretudo nas relações empresariais, com a consagração definitiva do princípio das deliberações majoritárias, ou mesmo de entidades econômicas setoriais, vinculando ausentes e dissidentes, como ocorre, por exemplo, com o contrato de concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores terrestres (arts. 17 a 19 da Lei 6.729/1979), ou com o contrato de consórcio empresarial (art. 279, VII, da Lei 6.404/1976⁴⁶). No caso específico, o atual estágio do direito obrigacional empresarial, aliado ao fato de que a deliberação da assembleia-geral é adotada não só em prol do interesse da comunhão ou coletividade dos credores, mas tendo em vista a função social da atividade negocial do devedor e dos demais princípios superiores estabelecidos no art. 47, parece retirar substância dos argumentos articulados pelos opositores da teoria contratualista.⁴⁷

⁴⁵ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 3, p. 5.

⁴⁶ V., a respeito, nosso *Consórcios de empresas*, p. 150.

⁴⁷ Requião, crítico da teoria, faz, entretanto, completa exposição sobre a controvérsia, que parece confirmar a conclusão do texto, se considerada à luz da evolução mencionada e do ditado da nova Lei: “Alguns juristas, imbuídos dos princípios do direito das obrigações, vislumbram na concordata um contrato, puro e simples, formado entre o devedor e os credores. O mecanismo processual adotado pela legislação que coloca o instituto da concordata na dependência da aceitação pelos credores da proposta do devedor induz necessariamente à formulação da teoria contratualista. Tornam-se embaraçados os faustores da teoria, quando se deparam com o fato de que existem credores ausentes

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

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

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

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

14.1 Plano inoponível a parte dos credores

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

e dissidentes, que não manifestam sua adesão ao pacto. São obrigados, então, traindo o princípio dogmático de que o contrato resulta da livre manifestação dos contratantes, a admitir que a minoria, ausente ou dissidente, dada a complexidade do contrato de concordata, é constrangida a observá-lo quando a maioria o estipular com o devedor (...) alguns autores, entretanto, procuram salvar a teoria contratualista, apelando para o concurso da teoria da vontade presumida ou da representação da minoria pela maioria. De acordo com a primeira, aplicada apenas no caso de credores ausentes, imagina-se a maioria presente deliberando em nome da minoria ausente, em virtude de uma modalidade de mandato presumido. Mas a teoria não se presta, porém, para explicar o caso de credores dissidentes que não aceitam os termos da proposta da concordata feita pelo devedor. A segunda teoria sustenta que a maioria não contrata em nome próprio, mas no de todos os credores, inclusive em nome e em representação dos ausentes. Essa representação seria de natureza legal, a qual a minoria seria obrigada a respeitar e a ela se submeter. Como se vê, com esse reparo, a teoria perde efetivamente o caráter contratualista” (*Curso de direito falimentar*, p. 12 e 13). A réplica encontra apoio, de um lado, nos arts. 55 e 58 da nova Lei; e, de outro, nas modernas formas de contratação, que permitem a representação da minoria pela maioria, dentre elas as referidas no texto.

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

Nessa espécie de recuperação extrajudicial a intervenção do Judiciário é de suma importância, pois a sua homologação constituirá título executivo *judicial*, nos termos do art. 475-N, inc. III do CPC. Equivalerá, portanto, a título judicial decorrente de sentença homologatória de transação, cuja execução somente poderá ser impugnada restritivamente, nos termos do art. 475-L do CPC. Antes da homologação do Plano os credores poderiam até estar dotados de títulos executivos extrajudiciais (art. 585 do CPC), mas os embargos, nessa modalidade de execução singular – que já eram mais amplos sob a égide do art. 741 do CPC c.c. do art. 745 (com as redações anteriores à Lei 11.382/2006) – continuam a sê-lo com a dimensão que foi dada ao instituto pelo art. 736 e ss. que possibilita a oposição de embargos do devedor “independentemente de penhora, depósito ou caução (...)”.

14.2 Plano vinculativo de todos credores

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

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

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

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

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

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

MAURO RODRIGUES PENTEADO

16. Direito anterior. Comerciantes e sociedades comerciais

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

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

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

Mesmo quanto às sociedades, o Código Civil de 1916 autorizava que revestissem “as formas estabelecidas nas leis comerciais”, apesar de dispor que seriam “inscritas no Registro Civil, e será civil o seu foro” (art. 1.364). A norma deu margem a abusos, sobretudo em tempos mais recentes, perpetrados por sociedades comerciais cujos titulares tencionavam subtrair-se à falência, tentativa coarctada pelo Judiciário, embora com certa parcimônia.

16.2 *Atos do comércio, mercancia, atividade mercantil*

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

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

Para bem delinear o moderno conceito de empresa, e das expressões “empresário” e “sociedade empresária”, que constam do artigo comentado, provenientes e com as precisões que recebem no Código Civil de 2002, é indispensável rememorar que o direito comercial surgiu na Baixa Idade Média (séculos XII a XV), inicialmente imiscuído no direito comum, de formação romano-canônica, para logo dele se desprender, como sistema de normas especiais dos mercadores, que da Europa se espraiou para o mundo então conhecido, compondo o *ius mercatorum*, que com o mesmo assento genético ganhou impulso hodiernamente, como a nova *lex mercatoria*, aviventada pelos ventos da chamada globalização, na dita sociedade pós-industrial.⁴⁸ Desde então, e até o início

⁴⁸ Francesco Galgano, no Cap. IX, p. 211-221, em seu pequeno e precioso livro *Lex Mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Il Molino, Universale Paperbacks, Bolonha, 1993, após sumariar em largos traços, o ambiente transnacional, a forma empresarial de operar na sociedade pós-industrial, e a uniformização e universalização de institutos comerciais (v.g., a supremacia dos serviços e dos modernos “produtos” financeiros em detrimento da indústria, a solução de litígios por arbitragens privadas, a desmaterialização advinda da informática e dos meios eletrônicos de comunicação, o *merchandising*, o *know-how*, o *capital venture*, os novos contratos comerciais, expressos por termos uniformes e no idioma predominante na ordem global, tais como o *leasing*, o *franchising*, o *performance bond*, trata, fazendo alusão ao que já haviam notado anteriormente, e por exemplo, Goldman e Frignani, de “*la rinascita della 'lex mercatoria': altro diritto a carattere meta-nazionale, il cui raggio di zione tende a coincidere con i mercati internazionali, è quello si dà il nome di 'lex mercatoria'. L'espressione ha origine colta: vuole alludere allà rinascita, in época moderna, di un diritto altrettanto universale quanto fu universale il diritto dei mercanti medioevali. Questo era stato lex mercatoria, o ius mercatorum, non solo perché regolava i rapporti mercantili, ma anche e soprattutto perché era un diritto creato dai mercanti: la sue fonti erano state gli statuti delle potenti corporazioni mercantili, le consuetudini mercantili, la giurisprudenza delle curiae mercatorum. Del pari, per nuova lex mercatoria oggi si intende un diritto creato dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione del potere legislativo degli Stati, e formate da regole destinate a disciplinare in modo uniforme, al di là delle unità politiche delle Stati, i rapporti commerciali che si instaurano entro l'unità*”

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

Os ideais da revolução burguesa de 1789 não se compadeciam com a sobrevivência de normas especiais, aplicáveis apenas a uma classe de pessoas, pois afrontava o princípio da *égalité*. A comercialidade, com o Código napoleônico de 1807, deslocou-se do sistema próprio e particular dos comerciantes, para o sistema *objetivo*, que congregava um conjunto de normas aplicáveis a determinados atos predefinidos, dotados daquela qualidade, ou seja, os atos do comércio⁴⁹ – ampliando-se a utilização de institutos mercantis por não comerciantes. E desde então se iniciou, sem solução satisfatória, a controvérsia sobre a natureza dos atos do comércio,⁵⁰ que o próprio Código napoleônico não logrou resolver, e muito menos os que sofreram sua influência, a despeito da tentativa do Código Comercial alemão de 1897, que procurou estruturar um sistema misto, forjando a noção da matéria comercial tanto em relação ao ato, quanto em relação à pessoa. Neste momento já se percebera que a comercialidade não repousa em um ou outro pólo, pela integração inextricável existente entre ambos, que dialeticamente se exigem e se completam, segundo a dialética da complementariedade a que se refere Miguel Reale, na sua obra clássica *O direito como experiência*.

A Revolução Industrial, os inventos técnicos, a produção e comercialização em massa acrescentaram um novo ingrediente ao fenômeno, denotando que a repetição sucessiva de atos isolados, quando praticados de forma profissional e organizada, altera-lhes a substância, porque os atos subsequentes são aperfeiçoados com a experiência haurida na prática, *profissional e organizada*, dos antecedentes. A partir desse momento

economica dei mercati” (p. 219, itálicos do original, nosso o grifo). A constatação de Galgano tem grande relevância para os profissionais do direito, mas tem importância maior ainda para aqueles eleitos para exercer os Poderes do Estado de provêm as leis, sobretudo em países subdesenvolvidos ou em vias de desenvolvimento, na medida em que o poder econômico global passou a atuar “*senza la mediazione del potere legislativo degli Stati*”, o que requer cuidados especiais para que não submeta e engolfe os superiores interesses da sociedade em geral, e da atividade privada, em especial, mercê normas e paradigmas provenientes de organismos supranacionais teoricamente neutros, cuja implementação, a julgar pelas experiências recentes, pouco contribuíram para o desenvolvimento das nações inferiorizadas economicamente, que a eles aderiram. A Lei 11.101 constitui exemplo conspícuo dessa nova ordem de idéias.

⁴⁹ Observe-se que a palavra “empresa” já figurava no rol dos atos de comércio estabelecido pelo Código francês (*toute entreprise de manufactures*). A propósito, Roberto Montessori de longa data já havia assinalado que (no artigo Il concetto di impresa negli atti di commercio dell’art. 3 Cod. di Com., publicado na *Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, dirigida por Sraffa e Vivante, v. 10, parte 1, Villardi, 1912).

⁵⁰ V., por exemplo, as quase cem páginas que J. X. Carvalho de Mendonça escreveu sobre o tema, tratando dos atos de comércio por natureza (atos de mercancia), atos de comércio por dependência ou conexão, atos fundados em contrato ou declaração unilateral de vontade, atos de comércio quando il *Codice francese del 1807 ascriveva fra gli atti reputati di commercio ogni intrapresa di manufatture no faceva che accogliere il risultato di uno sviluppo secolare, del quale si trovano gli inizi immediati nella vita economica giuridica del medioevo italiano. Lo spirito di associazione, che pervase e determinò le principali manifestazioni della vita sociale di quei tempi, determinò anche il fenomeno della produzione, e particolarmente l’esercizio del commercio e della industria consistentes em atos ilícitos e atos de comércio por força ou autoridade da Lei (CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*, v. 1, p. 427 e ss.).*

histórico altera-se também, e substancialmente, o sistema capitalista, antes caracterizado por unidades produtivas e de comercialização que operavam em ambiente de liberdade e livre concorrência, segundo o liberalismo e a prevalência das naturais forças do mercado a que se referia Adam Smith; as novas exigências empresariais levaram à concentração das unidades produtivas e de comercialização, estruturadas a partir dos princípios da especialização e das “economias internas de escala”, desequilibrando as relações de mercado, dando azo ao surgimento das primeiras leis antitruste, do início do século XX.⁵¹ Com o avanço da industrialização e da tecnologia, a preponderância do setor de serviços, os novos fatores de produção e as formas mais eficientes de organizá-los empresarialmente, tornaram inadequadas as soluções legais ainda centradas no conceito de *ato do comércio*, que praticados iterativa e profissionalmente, não mais podiam ser disciplinados como atos isolados, reclamando o deslocamento do foco para a *atividade* decorrente de sua prática em série e em massa, já agora com seu campo ampliado, abrangendo a produção e os serviços, ao lado da intermediação, com todas essas atividades sendo exercidas econômica e profissionalmente sob a forma de empresa.

O Código Civil de 2002, que substituiu codificações elaboradas antes dessa evolução operada na economia, pautou-se pela noção de *atividade*, acolhendo a empresa pela forma como foi tratada no Código Civil italiano de 1942.⁵² Como a nova codificação acolheu, também, a concepção mais atual e especializada de *negócio jurídico*, como

⁵¹ Sobre a concentração empresarial, que não é tão nova assim, e os aspectos econômicos referidos no texto, v., nosso *Consórcios de empresas*, p. 3 e ss.

⁵² Em uma das primeiras grandes discussões travadas entre nós sobre o tema, no VI Congresso Jurídico Nacional realizado em São Paulo, em 1955, Waldemar Ferreira lembrou que na Exposição de Motivos (*Relazione*) da codificação italiana, o Ministro Dino Grandi registrou que “o código não dá a definição da empresa, mas a sua noção resulta da definição de empresário. É empresário quem exercita profissionalmente atividade econômica organizada para o fim da produção ou da troca de bens e serviços (art. 2.082). A empresa é, pois, em sentido instrumental, a organização do trabalho que dá lugar à atividade profissional do empresário, e, em sentido funcional, à atividade profissional organizada pelo empresário”. Do que tirou, o eminente professor paulista, uma aguda conclusão jurídica – ainda muito atual, diante da confusão reinante sobre a matéria – seguida de pitoresca observação, até hoje lembrada: “resultou disso, inequivocamente, não ter a empresa, em face do Código Civil italiano, a subjetividade que se timbrou conferir-lhe, porque essa subjetividade é do empresário, ou seja, do que exercita atividade profissional, como explorador da universalidade de bens, que constitui a empresa. Ou é assim, ou a empresa e empresário são expressões absolutamente sinônimas. Se se atribuisse subjetividade à empresa, não a teria o empresário. Um desses sujeitos de direito seria demasiado, estaria a sobejar, e a que sobrou foi precisamente a empresa. Não há muito tempo, cinco anos no máximo, exibiu-se fita cinematográfica americana que alcançou extraordinário sucesso. Intitulava-se *Rebeca, a mulher inesquecível*. No desenrolar dos quadros falados naquela fita muito se falava daquela dama. Todos a relembavam a cada instante. Exaltavam-lhe a beleza física a par da beleza de espírito e de coração. Os espectadores aguardavam, de momento em momento, a aparição da mulher falada, amada e até desejada. Ela não transitou uma vez sequer diante das máquinas de projeção, mas ficou na retina de todos, como visão imaginária e consoladora. Era a mulher inesquecível... Assim aconteceu com a empresa. É a fórmula apregoada, proclamada, desejada pelos inovadores do direito moderno, embevecidos com a palavra inesquecível...” (Elaboração do conceito de empresa para extensão no âmbito do direito comercial, anais publicados na série antiga da *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro (RDM)*, v. 5, n. 1 e 2, jan.-jul. 1955, p. 12-13). Meio século se passou; o que se verifica é que a empresa ingressou efetivamente em nosso ordenamento jurídico, tanto pelo Código Civil e por inúmeros diplomas especiais, quanto pela lei comentada, mas segundo as projeções desse fenômeno econômico no mundo do direito – e não sob a forma de sujeito de direito, como anotava Waldemar Ferreira.

espécie dos atos jurídicos *in genere*, em que estava centralizada a disciplina, no Código de 1916, a noção econômica de empresa foi apreendida no primeiro pela forma segundo a qual se projeta no campo jurídico, com fulcro principal no sujeito de direitos que a exerce, o empresário ou a sociedade empresária,⁵³ tendo presente aquelas duas noções, ou seja, atividade e negócio jurídico, traduzindo-se na *atividade negocial*, tal como será demonstrado, mais de espaço, no item 18.1, abaixo.

O dualismo *atividade comercial-atividade civil*, que antes predominava em nosso direito privado, em verdade não constituía óbice ao reconhecimento dessa nova realidade,⁵⁴ tanto que em uma das várias versões recebidas pelo Projeto da nova Lei de Falências e Recuperações, na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, antes do Código de 2002, o art. 1.º vinha assim redigido: “Esta lei institui e regula a recuperação e liquidação judicial das pessoas jurídicas e físicas que exercem atividade econômica em nome próprio e de forma organizada. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica: I – aos agricultores que explorem propriedade rural unifamiliar; II – as sociedades civis de trabalho e aos que prestem serviços ou exerçam atividade profissional autônoma de forma individual ou organizada preponderantemente com trabalho próprio e com membros da família”.⁵⁵

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

Por essa razão, a jurisprudência mais recente já vinha se encaminhando na direção de também aderir à práxis empresarial, decretando em muitos casos a falência de sociedades civis inscritas no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, mas que, de fato, exploravam atividade mercantil. Havia, inclusive, quem argumentasse, em abono dessa tese, com o disposto no art. 3.º, inc. IV do Dec.-lei revogado, que autorizava a declaração da falência dos que, proibidos de exercer o comércio, o faziam na realidade, e de fato – preceito cuja *ratio essendi* justificava a extensão da quebra às sociedades civis, e também às chamadas sociedades irregulares e de fato, cuja organizações profissionais empresariais estavam a requerer meio de liquidação judicial mais expedito e apropriado, do que aquele oferecido pelo concurso civil de credores.

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

A nova Lei dispõe que os institutos que disciplina são aplicáveis ao “empresário” e à “sociedade empresária”, que nela “são referidos simplesmente como *devedor*”. A despeito dessa declaração inaugural, a Lei 11.101/2005 vale-se de outras expressões para indicar o sujeito passivo ou o contratante, principalmente os termos e expressões empresa,

⁵³ Pois como obtemperou Sylvio Marcondes, “dentro do direito brasileiro, inclusive o constitucional, o conceito de empresas não é, juridicamente, um conceito unitário. Se assim não é, podemos tratar, no Projeto do Código Civil, do perfil subjetivo da empresa, considerando a figura do empresário, através do exercício da atividade empresarial ou da atividade negocial” (MARCONDES MACHADO, Sylvio. *Questões de direito mercantil*, p. 8).

⁵⁴ Como a ensaiada, sem êxito, porque não encontrou maior ressonância, na doutrina, por Ruy de Souza, em sua obra *O direito das empresas. atualização do direito comercial, passim*.

⁵⁵ V. a íntegra do referido Substitutivo ao Projeto de Lei 4.373/1993, e o Parecer da Comissão, na RDM, v. 111, jul.-set. 1998, p. 10 e ss.

estabelecimento e atividade empresarial (v. item 20, abaixo), que na lei devem receber qualificação jurídica própria, pois a noção jurídica de empresa penetra no mundo do direito segundo acepções diversificadas e não coincidentes. Foi o que percebeu, pioneiramente, Alberto Asquini, diante de dificuldade semelhante apresentada pelo Código Civil italiano, que propôs solução ainda não superada pela doutrina, diferenciando os vários “perfis” jurídicos do fenômeno econômico da empresa, que não reúne condições para que ingresse em sua totalidade na legislação, a menos que se personalize juridicamente a empresa, o que não se dá em nosso direito positivo, como também não sucede no direito italiano, no qual a moderna doutrina procura fixar a essencialidade da noção na chamada “empresarialidade” (v. item 17.3, abaixo).

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

Os conceitos de empresário e sociedade empresária, do ponto de vista legal, constam do Código Civil de 2002, e é nele, e na doutrina que vem sendo elaborada em torno da nova codificação de nosso direito privado que deve ser aprofundada a matéria, e não em comentários breves e de primeira mão sobre a nova Lei de Falência e das Recuperações, que em respeito à modéstia não podem ultrapassar breves referências à magna questão – e apenas com o intuito de ministrar despretensiosa contribuição para sua interpretação.⁵⁶

O cerne do conceito consta do art. 966 do CC: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços”. O parágrafo único do artigo complementa a definição, ao explicitar as atividades profissionais organizadas dela excluída: “Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento da empresa”. Nos termos do artigo seguinte, “é obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade” (art. 967).

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

Nos termos do art. 983, a sociedade empresária deve ser constituída, em princípio, segundo um dos 5 tipos regulados nos arts. 1.039 a 1.092, isto é, sob a forma de sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade limitada, sociedade anônima e sociedade em comandita por ações. Dada a complexidade da

⁵⁶ A nosso ver a melhor explicação didática dos conceitos, exposta com invulgar clareza e fundamentada na doutrina mais autorizada (Asquini, Ascarelli, Ferri, Galgano, Buonocore, Irti, De Martini, Ferrara Jr. e Corsi, Avelãs Nunes, Sylvio Marcondes, Oscar Barreto Filho, Waldírio Bulgarelli, Evaristo de Moraes Filho), é a que consta do *Curso de direito comercial*, v. 1, de autoria do Professor Doutor da Universidade de São Paulo, Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa (principalmente no Capítulo 3, sobre “O alcance do conceito de ‘empresário’ e de ‘sociedade empresária’ no Código Civil de 2002 e sua relação com a autonomia do Direito Comercial”). Embora possa haver um ou outro ponto sobre o qual não nos afinemos inteiramente com os pontos de vista do autor, é a essa obra que recorreremos, *brevitatis causa* e em notas, para melhor explicitar algumas noções expostas neste item 17.

estrutura organizacional das sociedades por ações, tanto a anônima, como a em comandita, atualmente reguladas pelos arts. 1.088 a 1.092 do Código e por extensa lei especial (6.404/1976), o art. 982 determina que “independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedades por ações”.

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

17.2 Contrato de sociedade, sociedade simples e sociedade empresária

Ambas as espécies de sociedades, a empresária e a simples, têm natureza contratual,⁵⁷ segundo a definição do art. 981 do Código Civil: “Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”.

O Código atual, superando as deficiências do Código de 1916, passa a distingui-las, claramente, das associações, ao estabelecer, em seu art. 53, que estas se constituem “pela união de pessoas que se organizarem para fins não econômicos”.⁵⁸

17.3 Da empresarialidade: notas diferenciais entre a sociedade empresária e a sociedade simples. Sociedade simples na forma e na inscrição, e de fato empresária: falência

Do cotejo entre os arts. 966 e 981 aparecem os três elementos que distinguem a sociedade empresária da sociedade simples, porque ambas exercem atividade econômica, e também, com

⁵⁷ Inclusive a sociedade anônima, não obstante o aspecto institucional que se acentua em algumas delas, sobretudo nas companhias abertas e nas macro-empresas (v., sobre o assunto o nosso *Aumentos de capital das sociedades anônimas*, p. 121 e ss.).

⁵⁸ Do cotejo entre o art. 53 e o art. 981, aparecem desde logo duas características que são comuns tanto à sociedade empresária, quanto à sociedade simples, que as aparta das associações: o “o exercício de atividade” (e não “fins”), e a natureza “econômica” dessa atividade. Quanto a esta última, Haroldo Verçosa, focalizando a característica em relação à atividade do empresário e da sociedade empresária, preleciona que “Ascarelli já havia observado, ao cuidar de dispositivo equivalente do Código Civil italiano de 1942 (art. 2.082), que o termo ‘econômica’, ali encontrado, refere-se a uma atividade criadora de riqueza – e, portanto, de bens, assim entendidos em sua plena acepção jurídica, aí incluídos os serviços. Acrescenta Galgano que o conceito é bastante amplo, correspondente a toda espécie de produtores profissionais, desde que produzam bens ou serviços. A propósito, Ferrara Jr. e Corsi referem-se à noção de ‘empresário’ e à de ‘empresa’ como correlatas, pois enquanto é empresário quem exerce uma empresa, esta é o exercício de uma atividade econômica organizada”. Com apoio em De Martini e Galgano, o autor prossegue: “essa atividade não pode corresponder a uma organização destinada ao simples gozo de bens. Não se trata de uma atitude passiva do titular, notando-se um aspecto profundamente dinâmico no papel do empresário. Por sua vez, as atividades econômicas podem ser exercidas como meio ou como finalidade. No primeiro caso o resultado positivo alcançado (lucro) deverá reverter integralmente em benefício da própria atividade, não podendo ser distribuído aos seus titulares. É o caso das associações beneficentes que explorem algum ‘ramo de comércio’ – por exemplo, a fabricação de geléias naturais para venda, cujo produto será utilizado na sua finalidade. A esse respeito, o novo CC, em seu art. 53, resolvendo antiga pendência doutrinária, estabeleceu que as associações serão constituídas pela união de pessoas que se organizem para fins não-econômicos” (...) pela presença de parte significativa dos elementos sob exame, poderiam ser chamadas de ‘empresas em sentido técnico’, ou de ‘empresas civis’, na sujeitas às obrigações gerais dos empresários, aos ônus da atividade e aos seus e benefícios, a não serem virtude de uma exceção legal expressa” (*Curso de direito comercial*, p. 122-123, itálicos do original).

maior nitidez, a noção da atividade empresária, para fins de definição do empresário. Como as sociedades simples situam-se fora do âmbito de incidência da lei comentada, sujeitas que estão, tanto quanto a pessoa natural, não-empresária, ao processo de execução coletiva contra devedor insolvente, regulado pelo CPC – cabe, neste passo, estabelecer a distinção entre ambas em face do que dispõem os artigos citados, que contribui, ao lado das perspectivas apontadas por Asquini, para melhor apreender a “essência da empresarialidade”.⁵⁹

(i) a sociedade simples reúne pessoas “simplesmente” (e aqui vale a redundância) para o exercício de atividade econômica; na sociedade empresária a atividade econômica exercida deve ser de forma “organizada”;⁶⁰

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

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

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

Como visto, a sociedade simples é definida por exclusão (art. 982, parte final). E, em princípio, “subordina-se às normas que lhe são próprias”, ou seja, aquelas que constam os arts. 997 a 1.038 do Código Civil” (art. 983, parte final). Sucede que este mesmo artigo faculta, em sua primeira parte, a constituição de sociedade simples segundo os mesmos

⁵⁹ A expressão consta da obra citada Waldírio Bulgarelli (*Teoria jurídica da empresa*, que tem por subtítulo. Análise jurídica da empresarialidade, p. 19). Explicando o neologismo, o emérito jurista esclarece que é o “termo que utilizamos para exprimir uma idéia geral e abstrata daquilo que é próprio da empresa. E isto, certamente, por influência da doutrina italiana, que utiliza, contudo, a expressão genérica *imprenditorialità*; não estando ausente a inspiração da doutrina alemã, que, por força das próprias características do idioma, sói utilizar expressões assim genéricas e abstratas”. Anota o autor, ainda, que “seguramente o termo *empresa* deveria ficar fora do Direito, como, aliás, seria de boa técnica, já que se trata de conceito econômico. Em decorrência do que a empresa não teria lugar no Direito Comercial, pois este se basta com a trilogia ‘empresário, atividade econômica organizada e estabelecimento’ – aliás, como se deu conta, com sagacidade, uma vasta corrente doutrinária”. (*Teoria jurídica da empresa*, loc. cit.).

⁶⁰ Haroldo Verçosa explica detalhadamente a característica (*Curso de direito comercial*, p. 126 a 129), observando, inicialmente, “que o estudo da organização como elemento essencial da empresa depende de que o Direito vá buscar subsídio em outras ciências, das quais é tributário nesse campo de cogitações – fato que demonstra, mais uma vez, a existência de impedimento na elaboração de uma ‘teoria jurídica da empresa’, acrescentando que “até hoje – e pelo que se sabe do instituto, isto dificilmente acontecerá – ninguém conseguiu construir uma ‘teoria jurídica da empresa’, apesar de ser, talvez, o tema mais versado pelos comercialistas em toda a história do direito comercial”. Esclarece, dentre muitos outros aspectos de ordem prática, que a organização dos fatores de produção (natureza, capital, trabalho, tecnologia) pode alcançar situações-limite, como o de organizações inteiramente automatizadas, constituídas por empresário individual ou sociedade empresária com dois sócios, e outras, que podem servir a terceiros, como as franqueadoras, assinalando, entretanto, que “não há empresa sem organização, diferenciando-se uma das outras, entre outras circunstâncias, pelo nível e dimensão da organização. Microempresários ou pequenos empresários ou, ainda, empresas altamente especializadas em níveis restritos de organização”.

tipos próprios da sociedade empresária, com exceção das sociedades por ações, que são empresárias independentemente de seu objeto (art. 982, parágrafo único).

A distinção, portanto, entre as sociedades simples em nome coletivo, a sociedade simples em comanda simples e a sociedade simples limitada, e as sociedades empresárias, constituídas segundo esses mesmos tipos, reside nas três primeiras notas diferenciais acima apontadas (subitem 17.3), cujo aprofundamento desbordaria dos limites destes comentários, porque constam e ainda devem constar de estudos monográficos sobre tais institutos, e dos comentários ao Código Civil.⁶¹

A quarta nota distintiva – inscrição no registro próprio – merece consideração adicional, porque sua relevância não é absoluta. Mesmo que vinculada ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, será a sociedade simples reputada sociedade empresária, para os efeitos da Lei comentada, e só no que tange à falência, se, *de fato*, exercer atividade própria de empresário, cuja liquidação, via execução coletiva, não se coaduna com os preceitos, rígidos e formais, que o CPC estabelece para a execução por quantia certa contra devedor insolvente, pessoa natural ou sociedade simples. Reitere-se que a prevalência da substância da atividade empresarial sobre a forma e a inscrição já vinha sendo reconhecida pela jurisprudência, sob a égide do Dec.-lei revogado, tendência que deverá doravante ser acentuada (v. item 17.1).

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

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

Para a sociedade em conta de participação, o Código cuida também dos efeitos da falência dos sócios na sociedade; mas ao admitir indiretamente que o sócio ostensivo possa ser empresário (art. 994, § 2.º), também permite que a sociedade experimente indiretamente as vantagens da recuperação judicial ou extrajudicial de que trata a Lei comentada, na medida em que a conta de participação integre o respectivo Plano do empresário, sócio ostensivo. A falência do sócio ostensivo acarreta a dissolução da sociedade e a liquidação da respectiva conta, cujo saldo constituirá crédito quirografário (art. 994, § 2.º). Já a quebra do sócio participante sujeitará o contrato social às normas que regulam os efeitos da falência nos contratos bilaterais do falido (art. 994, § 3.º). Não se descarta a hipótese, contudo, da decretação da falência da própria sociedade, se operar *de fato* como sociedade empresária, o que ocorrer, por exemplo, se o sócio participante, infringindo o que dispõe o art. 993, parágrafo único, imiscuir-se e tomar

⁶¹ Para outras explicações didáticas e detalhadas da atividade própria do empresário e da sociedade empresária, v. ASCARELLI, Tullio. *Corso di diritto commerciale*. Há proficientes traduções para o português da Introdução e do Capítulo VII dessa obra clássica, indispensável para a compreensão da matéria. A Introdução, traduzida por Fábio Konder Comparato, consta da RDM, v. 109, jan.-mar. 1998, p. 183-189; a tradução do Capítulo VII, da lavra de Erasmo Valladão A. N. França, que trata da atividade do empresário, sua natureza econômica, dirigida à produção e à troca, cuidando ainda da organização empresarial e das profissões liberais, foi publicada, em tradução na RDM, v. 132, out.-dez. 2003, p. 203 e ss.

parte nas relações do sócio ostensivo com terceiros, ambos passando a exercer atividade econômica organizada, profissional, descaracterizando o tipo da sociedade em conta de participação (arts. 991 a 996), e houver necessidade ou conveniência de recorrer-se à execução coletiva empresarial, pela expressão da organização empresarial, dados os limites e inadequação do CPC, na matéria.

17.5 *Idem. Sociedade em comum: falência*

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

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

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

O conceito jurídico de empresa na Itália foi alvo de intensos debates e controvérsias, instaurados a partir da sempre ouvida voz de Vivante, ao prelecionar que “o direito faz seu aquele conceito econômico” (v. subitem seguinte). Tentativas e elaborações foram ensaiadas para que a empresa, que é um fenômeno econômico, recebesse conceito jurídico unitário, o que até agora não parece possível, pois esse fato da economia projeta-se no mundo do direito e nas legislações de forma diversa, e sob esses aspectos diferenciados é que se conduz a sua disciplina. Coube a Alberto Asquini pacificar a polêmica, em clássico artigo sobre os perfis da empresa no Código de 1942,⁶² cuja tese, ainda atual, é exposta e esclarecida em magnífica síntese, no próximo subitem. É óbvio que o decurso de mais de sessenta anos a partir desse estudo, muitos outros, e de tomo, foram elaborados sobre a matéria, que também experimentou modificações, na realidade econômica, fatores que mudaram o peso de um outro aspecto da referida análise,⁶³ mas não a validade de sua substância, que informa todo o sistema do Livro II, Parte Especial, do Código de 2002. A originalidade do eminente jurista italiano residiu em demonstrar as várias perspectivas jurídicas pelas quais a noção econômica de empresa, tal como um poliedro, é captada, pelo direito, pois este não logra apreendê-la unitariamente e como um todo, mas sob vários “perfis”: subjetivo, como empresário; funcional, como atividade; objetivo, como patrimônio; e “corporativo”, na acepção própria que esta palavra assumia no regime

⁶² Profili dell'impresa, *Rivista Del Diritto Commerciale*, v. 41, I. Há tradução desse artigo para o português, elaborada por Fábio Konder Comparato (RDM, v. 104, out.-dez. 1996, p. 109 e ss.).

⁶³ V., a respeito, BULGARELLI, Waldírio. *A teoria jurídica da empresa, passim*.

autoritário sob o qual o Código italiano foi editado. Mas note-se que mesmo este último ângulo, tal como foi concebido por Asquini, passou a ganhar expressão das mais relevantes na atualidade, pois focaliza a empresa como instituição, e é sob esse aspecto que vem tratada no art. 47 da Lei comentada. A melhor doutrina sobre a teoria jurídica da empresa vem aperfeiçoando essa elaboração original, mas não a abandonou,⁶⁴ pois a contribuição que oferece para bem disciplinar, e no que aqui interessa, compreender o fenômeno tal como consta na Lei 11.101, ainda não foi superada.⁶⁵

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

Uma lei que tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômica do devedor empresário ou sociedade empresária, judicialmente (art. 47), ou “extrajudicialmente” (arts. 161 e ss.), ou disciplinar a execução coletiva de seu patrimônio, de forma empresarial (art. 75), não pode, ela própria, criar uma noção peculiar de devedor, dissonante da que consta do regime legal a que estão subordinados tais sujeitos de direito, o Código Civil de 2002. A epígrafe e o art. 1.º da Lei 11.101/2005 confirmam essa orientação, o que requer que aqui seja feita uma breve digressão sobre o Código, ainda novo e mal compreendido, para que os institutos que dele foram aproveitados pela Lei comentada possam ser bem compreendidos, em seu contexto.

Foi com base nas precisões de Asquini, acima citadas, que a atividade negocial e a empresa penetraram no Código Civil de 2002. Neste passo é imprescindível passar a palavra ao autor da parte do Anteprojeto que veio a converter-se, exceto quanto à epígrafe e a retirada de um artigo inicial,⁶⁶ no Livro II, da Parte Especial do Código de 2002

⁶⁴ PONT, Manuel Broseta, por exemplo, no clássico *La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el derecho mercantil*, passim.

⁶⁵ Por todos, Vincenzo Buonacore: “Fra tutti coloro che della ricostruzione del concetto di impresa, e di questo profilo in particolare (rivoluzione), si occuparono immediatamente dopo la promulgazione del codice civile vigente spicca la figura di Alberto Asquini che, oltre ad essere per professione e vocazione un giurista di alto livello e un ricercatore di rara finezza, era stato il vero e proprio artefice della riforma come presidente delle commissioni ministeriali del Progetto di Código di Commercio del 1940, che da lui prese nome, e del ‘libro dell’impresa e del lavoro’; in tale qualità rappresentava quindi, e rappresenta tuttora, una fonte non solo autorevole ma particolarmente qualificata ed accreditata. E il compendio del suo pensiero è tratteggiato in un saggio – profili dell’impresa – che resta ancor oggi un punto di riferimento ineludibile per quanti vogliano indagare sul tema” (BUONACORE, Vincenzo. *L’impresa*, p. 3, nota 2).

⁶⁶ O próprio Sylvio Marcondes não julgou que a subtração tenha comprometido o trabalho, ou sua concepção, tanto que nele prosseguiu (v. as suas *Questões de direito mercantil*, p. 1-29 e 253 e ss.). Já Luiz Gastão Paes de Barros Leães considera que na retirada houve perda, mas que não comprometeu a concepção que subjaz a todo o Livro II da Parte Especial do Código, *verbis*: “Reformulando o texto anterior, deu o redator ao corpo do Código que disciplina as sociedades e o exercício da atividade profissional a denominação de *atividade negocial*, denominação essa que seria substituída, no Congresso Nacional, por *atividade empresarial*, e, ao depois, por *direito de empresa*, que iria prevalecer no projeto aprovado pela Câmara dos Deputados e no Código sancionado. A substituição da denominação ‘atividade negocial’ e a eliminação do artigo inaugural dedicado aos empresários e às sociedades tiraram do anteprojeto a sua contribuição mais original, ou seja, a noção de *atividade negocial* [itálicos do original], – *embora esse conceito se mantenha tacitamente preservado como elemento informativo fundamental, permeando os demais dispositivos*

– Sylvio Marcondes – que em passagem alongada, mas de singular clareza, explica todo seu sistema, que não tem sido de todo bem apreendido, porque está umbilicalmente ligado ao Título I, Livro III da Parte Geral, que cuida do negócio jurídico.

“Este Anteprojeto – diz o mestre – tem a seu cargo a matéria das sociedades e do exercício da atividade mercantil, parcela de obra maior, o anteprojeto de código das obrigações. Constitui, portanto, seu primeiro problema ajustar-se ao sistema geral. O Prof. Caio Mário da Silva Pereira, autor do anteprojeto, na parte geral e dos contratos, justificando o método do seu trabalho, explica sua adesão à doutrina do *Rechtsgeschäft*, sustentada no ensinamento de suas ‘Instituições de Direito Civil’. Nessa, o conceito de *ato jurídico*, restrito no Código Civil ao que tem por fim adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se alarga como fonte formal de todo comportamento apto a construir direitos subjetivos, constituindo gênero, do qual a declaração de vontade, dirigida no sentido da obtenção de um resultado, constitui espécie, denominada *negócio jurídico*. Daí inscrever este como Título I de seu Anteprojeto, seguido de títulos concernentes a especializações daquele conceito fundamental. E por força da dogmática assim estabelecida ao abrir-se o anteprojeto de Código das Obrigações, pode-se dizer que nessa sua primeira parte se constitui todo um sistema de atos. Atos jurídicos *stricto sensu*, isto é, negócios jurídicos, ou seja – *atos negociais (...)* Ora, não obstante serem os atos negociais facultados a todas as pessoas e, por essa razão, cabíveis num direito objetivo comum, é certo que a sua prática, quando continuamente reiterada, de modo organizado e estável, por um mesmo sujeito, que busca uma finalidade unitária e permanente, cria, em torno desta, uma série de relações interdependentes que, conjugando o exercício coordenado dos atos, o transubstanciam em atividade. Atos negociais e, portanto, atividade negocial. Atividade que se manifesta economicamente na empresa e se exprime juridicamente na titularidade do empresário e no modo ou nas condições de seu exercício. O conceito econômico de empresa – como organização dos fatores de produção de bens ou serviços, para o mercado, coordenada pelo empresário, que lhe assume os resultados – tem sido fonte de contínua discussão sobre a natureza jurídica da empresa, entre os autores que já não consideram suficiente a lição de Vivante, aliás consagrada na doutrina brasileira, de que ‘o direito faz seu aquele conceito econômico’. Entretanto, suscitada na hermenêutica dos códigos comerciais do tipo francês, e acirrada a exegese do novo Código Civil italiano, a disputa encontrou afinal seu remanso. Segundo esclareceu Asquini – *apresentando o fenômeno econômico da empresa, perante o direito, aspectos diversos, não deve o intérprete operar com o preconceito de que ele caiba, forçosamente, num esquema jurídico unitário, de vez que empresa é conceito de um fenômeno econômico poliédrico, que assume, sob o aspecto jurídico, em relação aos diferentes elementos nele concorrentes, não um, mas diversos perfis: subjetivo, como empresário; funcional, como atividade; objetivo, como patrimônio; corporativo, como instituição (...)* em consonância com a aguda análise do citado mestre italiano, segundo a qual a empresa, fenômeno econômico poliédrico, assume juridicamente, não um mas diversos perfis – *trata-se de fixar, no anteprojeto do Código o seu perfil subjetivo*. Considerada a empresa, neste passo, não quanto ao modo de exercício da propriedade pelo titular, e, sim, sob o prisma do próprio titular e das condições que deve satisfazer, a fim de realizar, juridicamente, o empreendimento econômico. A titularidade das obrigações

do Código relativos ao direito de empresa [nossos os grifos]” (A disciplina do direito de empresa no novo Código Civil brasileiro, p. 11).

assumidas pelo empresário decorre, diretamente, de atos que pratica, mas indiretamente da atividade que exerce. Por isso, tal exercício está subordinado a normas especiais, que transcendem aqueles atos, pois visam reger direitos e deveres do titular como empresário; e, sendo esta pessoa jurídica, também as suas relações internas e externas, necessárias à consecução do objeto social, através da ação empreendedora”.⁶⁷

18.2 *Perfis jurídicos da empresa, no Código Civil*

As lições foram extensas, mas seu proveito indubitável. Porque o Livro II, da Parte Especial manteve todas as soluções do Projeto, com ligeiras alterações e atualizações – exceto a epígrafe, substituída “Da Atividade Negocial”, por “Do Direito de Empresa”, em razão de motivos despidos de técnica e que não convencem, *data venia*,⁶⁸ pois afinal nele são tratadas as sociedades simples, que não são empresárias. O Livro II disciplina a atividade empresarial na linha dos ensinamentos acima transcritos, ou seja, define o sujeito de direito, centro de imputação da atividade empresarial, por isso titularizado a adquirir direitos e contrair obrigações, no exercício da atividade econômica que desenvolve profissionalmente: o empresário individual (art. 966) e o empresário coletivo, as sociedades empresárias (art. 982). É a “empresário” e a “sociedade empresária” que o Código se refere sempre que estabelece normas dirigidas ao titular de direitos e obrigações, nesse mesmo Livro II (v.g., arts. 967 a 972, 979, 980, 982, 983, 984, 1.142, 1.144, 1.150, 1.156, 1.163, 1.166, 1.181, 1.184, 1.185, 1.190, 1.191, 1.194, 1.195) – e também nos demais Livros do Código, como, por exemplo, no art. 931, que figura no Livro I, embora por outras vezes se valha da palavra empresa para exprimir empresário (v.g., art. 968, inc. IV, “sede da empresa”, equivalente à expressão “sede da sociedade”, que consta do art. 997, inc. II, domicílio especial do titular que exerce a atividade empresarial).

O perfil objetivo aparece e é melhor explicado nos arts. 1.142 a 1.149, que disciplinam o estabelecimento, ou seja, “todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária” (art. 1.142),⁶⁹ figurando, isoladamente, em outros mandamentos, a expressão “patrimônio da empresa” (v.g., art. 978).

⁶⁷ *Problemas de direito mercantil*, p. 135 e ss., itálicos do original, nossos os grifos.

⁶⁸ Consta do Relatório Ernani Satyro, “(...) nada impede que, sob a denominação de ‘direito de empresa’ se determinem também determinadas relações que são de natureza econômica, embora destituídas daqueles requisitos de organização que caracterizam a atividade empresarial propriamente dita. Além disso, o termo (*sic*) ‘direito de empresa’ terá melhor correspondência com a denominação dos títulos dos demais livros do Código, tais como direito de família, direito das coisas e outros (...) não procede, por conseguinte, a alegação de que o termo “direito de empresa” (*sic*) seria restritivo da matéria disciplinada em livro em apreço, com o que se evita qualquer confusão com a matéria dos ‘negócios jurídicos’, disciplinada na Parte Geral”. Nesta última parte o eminente parlamentar demonstrou que não dominava, *data venia*, o sistema do Projeto na matéria de que estava a tratar – pois a modificação, infelizmente, vem causando erros e confusões dos mais lamentáveis, como se verifica em alguns Comentários, Cursos e Manuais pós-Código, dos quais tem constado, sem maiores explicações e fundamentação jurídica, que a codificação “adotou a teoria da empresa”, o que vem se repetindo, também, nos Comentários iniciais à Lei 11.101/2005. Tudo isso seria pouco, em contraste com a turbulência ainda maior que instaurou na até agora não bem difundida e explicada distinção entre sociedades empresárias e sociedades simples, estas últimas, *ex vi legis*, subtraídas do âmbito de incidência da Lei comentada.

⁶⁹ V., a respeito, BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial*, passim. Também aqui é notória a influência do Código Civil italiano de 1942, cujo art. 2.555 reza: *L'azienda è il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa* (2.082).

O termo *empresa*, usado no seu sentido funcional, ou seja, a empresa enquanto atividade, vem disseminado ao longo de todo o Livro II (v.g., nos arts. 974, *caput* e parágrafos, 1.085, 1.155, 1.172, 1.178, 1.184 etc.),⁷⁰ quando o legislador não preferiu empregar as expressões “atividade própria de empresário” (art. 973), ou “atividade de empresário” (art. 975).

Por fim, o *perfil institucional da empresa* não figura em letra de fôrma no Código de 2002,⁷¹ o que não significa ser impossível a ele chegar através do princípio constitucional que assinala a função social da propriedade (art. 170, inc. III, da CF, e, por extensão, o art. 173, § 1.º, inc. I), até porque a função social da empresa, já afirmada na Lei 6.404/1976 (art. 116, parágrafo único), volta a ser expressamente declarada na Lei comentada (art. 47). Frise-se, porém, que o Código não deixa de usar a palavra “empresa” com tal significado (v.g., art. 931).

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

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

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

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

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

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

⁷⁰ V., a respeito, BULGARELLI, Waldírio, *Teoria jurídica da empresa*. Análise jurídica da empresarialidade, p. 402 e ss.

⁷¹ Criticando a omissão e explicando-a, no contexto da elaboração do Projeto, v. *Idem*, p. 333 e ss.

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

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

Mas quanto a este instituto, de execução coletiva empresarial, não é de rigor que o devedor esteja em situação regular. Mesmo não inscrito no registro próprio, ou que exerça *de fato* atividade de empresário, sempre é possível cogitar-se sobre pedido de falência, pelos motivos expostos nos itens 2.2 e 2.3, acima, conforme vinha decidindo a jurisprudência. É de se esperar, inclusive, que essa tendência pretoriana, ainda tímida, venha a se robustecer, por pelo menos quatro motivos: (i) em razão dos princípios éticos e cláusulas gerais, sobretudo os de probidade e boa-fé, que passaram a informar mais decisivamente nosso direito privado, a partir do Código Civil; (ii) porque a liquidação do patrimônio e da organização econômica profissional criada pelo empresário, irregularmente ou de fato, pode não se compadecer com os preceitos rígidos e formais que o Código de Processo Civil estabelece para a execução por quantia certa contra devedor insolvente, pessoa natural ou sociedade simples; (iii) porque a identificação na prática do exercício de atividade econômica profissional organizada, exercida de fato ou irregularmente, passou a ter menos complexidade, superada que foi a velha dicotomia sociedade comercial *versus* sociedade civil; e (iv), porque a função social e os relevantes interesses extra-societários e empresariais que a nova Lei agora expressamente reconhece (art. 47), podem reclamar a abertura da via da execução coletiva empresarial, melhor aparelhada para atender a todos aqueles interesses, inclusive o dos credores de boa-fé, pois “visa a proteger e otimizar a utilização produtiva dos bens ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa” (art. 75).

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

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

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

Cuidando a Lei da execução concursal e de mecanismos de recuperação da atividade empresarial, não seria de esperar outra solução que não fosse a de centralizar e imputar as normas tendo como vertente principal o sujeito de direitos e obrigações, tal como acima exposto, o que a empresa não é, em nosso direito, razão por que tanto a epígrafe quanto o art. 1.º aludem a empresário e sociedade empresária – no dispositivo comentado acrescidos da bem intencionada e técnica asserção de que aqueles serão “doravante referidos

simplesmente como *devedor*”. Que ficou só na intenção, pois já no art. 3.º surge a palavra empresa, e não devedor, na acepção subjetiva (“filial de empresa que tenha sede fora do Brasil”). É também sob o perfil subjetivo que a palavra empresa é empregada, sem rigor técnico, nos arts. 12, parágrafo único, e 53, inc. III (“empresa especializada”), e nos arts. 7.º e art. 22, inc. I, *h*, (“empresas especializadas”).

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

20.2 Empresa e estabelecimento: o aspecto objetivo ou patrimonial

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

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

20.3 Empresa e atividade: a acepção funcional

Sob o aspecto funcional, ou seja, a empresa enquanto atividade profissional econômica organizada, a nova Lei recorre a expressões diversas: “atividade empresarial”, nos art. 27, inc. II, *c*, 102, 105, 120, § 2.º e 181, inc. I; “atividades empresariais”, no art. 96, inc. VIII, e “empresa”, no art. 75, *caput*, no duplo sentido já mencionado; e nas disposições penais (art. 181, inc. III – que inclui, entre os efeitos da condenação por crimes previstos na Lei comentada, a “impossibilidade de *gerir empresa* por mandato ou por gestão de negócio”, expressão que deve ser entendida por “impossibilidade exercer, por mandato ou gestão de negócios, atividade econômica privativa de empresário ou sociedade empresária”).

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

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

Art. 2º Esta Lei não se aplica a:

I – empresa pública e sociedade de economia mista;

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

MAURO RODRIGUES PENTEADO

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

Compatibilização e adaptação da legislação extravagante

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

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

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

As demais leis especiais, abaixo comentadas, estabelecem regime próprio de solução da crise econômico-financeira empresarial, que compreende a intervenção e a liquidação extrajudicial, pela autoridade administrativa competente. Essas leis continuam em

vigor, mas os devedores por elas impedidos de impetrar concordata ficam proibidos, doravante, de requerer recuperação judicial ou extrajudicial nos termos da nova lei (art. 198), exceção feita às empresas de transporte aéreo (art. 199) – valendo frisar que a maior parte delas não exclui a decretação da falência, se motivos para tanto surgirem no curso do processo administrativo.

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

O *caput* do artigo padece, portanto, de manifesta imprecisão, como já foi sublinhado, pois a Lei 11.101/2005 é aplicável, no tocante à falência, a algumas das sociedades enumeradas no inc. II (quanto ao inc. I a matéria é, pelo menos, duvidosa) – que apenas não ingressam, de imediato, no processo judicial de execução coletiva empresarial, passando antes, por intervenção e liquidação extrajudicial. Porém, tal seja o desfecho da liquidação, ou a constatação de fatos que constituam crimes falimentares, no curso do processo administrativo, a falência poderá ser decretada, quando, então, a nova lei passará ser a elas aplicável, ao reverso do que reza a cabeça do artigo, redigida sem qualquer ressalva quanto a esse aspecto. É o caso, por exemplo, das instituições financeiras, das entidades abertas, e mesmo algumas fechadas, de previdência privada, das sociedades operadoras de planos de saúde privada e das sociedades seguradoras (v. itens 25, 27, 28 e 29, abaixo).

A cinca é mais grave, pois o dispositivo, ao menos em parte, padece de inconstitucionalidade, visto que, nos termos do art. 5.º, inc. XXXV, da CF, a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, suscitada tanto através de ações ou execuções individuais, quanto de execuções coletivas, que será a falência, se os devedores forem empresários ou sociedades empresárias. E a falha é de todo injustificável, até porque há dispositivo constitucional declarando que as empresas ou entidades submetidas aos regimes de intervenção ou liquidação extrajudicial podem ter esses regimes convertidos em falência (art. 46, *caput*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).⁷²

23. Empresa pública

Nos termos do art. 37, inc. XIX, da CF, somente por lei específica poderá ser autorizada a constituição de empresa pública e sociedade de economia mista, definindo, também, sua área de atuação.⁷³ Embora não tenha sido aprovada a lei a que se refere o art. 173, § 1.º da CF, estabelecendo o regime jurídico dessas sociedades controladas pelo Poder Público, os princípios maiores a que estão submetidas (*idem*, inc. II – “a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”; *ibidem*, § 2.º – “as empresas públicas e as

⁷² Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 46: “São sujeitos à correção monetária desde o vencimento, até seu efetivo pagamento, sem interrupção ou suspensão, os créditos junto a entidades submetidas aos regimes de intervenção ou liquidação extrajudicial, mesmo quando esses regimes sejam convertidos em falência”.

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

sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”), coloca em dúvida a constitucionalidade do dispositivo comentado, embora sempre se possa sustentar que a responsabilidade subsidiária do acionista controlador o tornaria compatível com o comando constitucional, mormente porque a lei disciplinadora que está por vir deverá regular “as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade” (idem, § 3.º).

Segundo dispõe o art. 5.º, inc. II, do Dec.-lei 200, de 25 de fevereiro de 1967, com a redação dada pelo Dec.-lei 900, de 29 de setembro de 1969, é empresa pública a “entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.”⁷⁴ Sendo o capital da empresa pública de exclusiva titularidade do Estado, é este que deve adotar as providências necessárias à superação da crise econômico-financeira da empresa pública, bem como diligenciar para que cumpra pontualmente as suas obrigações, cabendo-lhe responder subsidiariamente pelos pagamentos não realizados, inclusive em juízo.

24. Sociedade de economia mista. Repristinação

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

Na redação original da Lei das S/A, sob a rubrica “falência e responsabilidade subsidiária”, o art. 242 dispunha que as sociedades de economia mista não se sujeitavam à falência, respondendo subsidiariamente o Poder Público, seu acionista controlador, por suas obrigações.⁷⁵ Esse dispositivo foi revogado pelo art. 10 da Lei 10.303, de 31 de outubro de 2001, que promoveu a última reforma da lei das companhias. O dispositivo comentado vem restabelecer a regra original, cabendo observar que sua revogação já fora ensaiada pela Medida Provisória 151, de 15 de março de 1990, mas o Projeto de conversão, traduzido na Lei 8.029, de 12 de abril de 1990, tornou sem efeito a revogação, em razão do veto recebido pelo art. 25. Como se vê, a lei comentada repristina os efeitos do primeiro dispositivo citado.⁷⁶

⁷⁴ A conceituação tem caráter administrativo e é impositiva para a União, o que não impede os Estados-membros e Municípios de criar, organizar e operar suas empresas públicas (v., a respeito, MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 327).

⁷⁵ “Art. 242. As companhias de economia mista não estão sujeitas a falência mas os seus bens são penhoráveis e executáveis, e a pessoa jurídica que a controla responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações.”

⁷⁶ Sobre as várias espécies de sociedades de economia mista e as chamadas empresas estatais, v. o artigo de nossa autoria “As sociedades de economia mista e as empresas estatais perante a Constituição de 1988”, acima citado.

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

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

A intervenção e liquidação extrajudicial das instituições financeiras privadas e públicas não federais – assim como das cooperativas de crédito, que também podem ser determinadas diretamente pelo Banco Central –, são disciplinadas pela Lei 6.024/1974, que declara, logo no art. 1.º, parte final, que todas elas também estão sujeitas “à falência, nos termos da legislação vigente”.

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

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

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

O dispositivo comentado refere-se a “consórcio”, termo plurívoco que abrange, em nosso ordenamento positivo, pelo menos dois institutos. O primeiro deles, os consórcios de poupadores ou investidores para a aquisição de bens, são regulados pelas Leis 5.768, de 20 de dezembro de 1971, e 8.177, de 1.º de março de 1991 – como instituições financeiras, sujeitas, portanto, à disciplina de intervenção, liquidação e falência, segundo exposto no item precedente, embora já o fossem nos termos da definição ampla contida nos arts. 17 e 18 da Lei 4.595/1964. Vale frisar que a Lei 7.492/1986, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional explicita essa qualificação, referindo-se expressamente a essa modalidade de consórcios, no art. 1.º, parágrafo único, inc. I.⁷⁷

⁷⁷ V. nosso *Consórcios de empresas*, p. 62-63.

26. Consórcios empresariais

Diversa é a situação do consórcio empresarial, disciplinado pela Lei 6.404/1976, que “não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade” (art. 278, § 1.º). Exatamente por esse motivo não está o consórcio empresarial sujeito à falência, e muito menos pode requerer recuperações judicial ou extrajudicial, desde que constituído em conformidade com os mencionados mandamentos legais, que o moldam sob a forma de contrato, embora o instrumento contratual deva ser arquivado no Registro Público de Empresas Mercantis (art. 279, parágrafo único). Não sendo personalizados, nem centro de imputação autônoma de direitos e obrigações, o respectivo contrato vincula diretamente os contratantes, daí a regra do art. 278, § 2.º: “A falência de uma consorciada não se estende às demais, subsistindo o consórcio com as outras contratantes; os créditos que porventura tiver a falida serão apurados e pagos na forma prevista no contrato de consórcio”.⁷⁸

27. Entidades de previdência complementar

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

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

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

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

⁷⁸ Idem, p. 154-155.

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

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

28. Sociedade operadora de plano de assistência à saúde

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

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

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

29. Sociedade seguradora e sociedade de capitalização

De acordo com o Dec.-lei 73, de 21 de novembro de 1966, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados e regula as operações de seguros e resseguros, “as sociedades seguradoras não poderão requerer concordata e não estão sujeitas à falência, salvo, neste último caso, se decretada a liquidação extrajudicial, o ativo não for suficiente para o pagamento de pelo menos a metade dos credores quirografários, ou quando houver fundados indícios da ocorrência de crime falimentar” (art. 26).

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

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

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

30. Cooperativas

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

31. Empresas de transporte aéreo. Subsunção à falência

Até a data da edição do Dec.-lei 669, de 3 de julho de 1969, as empresas de transporte aéreo estavam sujeitas a falência, e dispunham do direito de impetrar concordata. O referido diploma legal suprimiu o direito de as empresas de exploração de serviços aéreos de qualquer natureza ou de infra-estrutura aeronáutica requerer concordata (art. 1.º), considerando (i) “que a navegação aérea só pode ter eficiência, isto, é, segurança, regularidade e precisão, se a empresa que a explora estiver em condições econômico-financeiras que permita, em termos de planejamento, execução, manutenção, supervisão e controle, a perfeita sustentação de serviços através de uma sólida estrutura, capaz de plena atividade”; (ii) que “a concordata, sendo um favor legal, que se dá a empresa estritamente comercial para continuar o seu negócio, não é de molde a ser admitida para a empresa de transporte aéreo, quando se tem em vista, acima do interesse comercial da empresa, a regularidade e segurança do voo”.

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

Desde o advento da Lei 11.101, tais sociedades podem requerer recuperação judicial e extrajudicial (art. 199, com alterações da Lei 11.196/2005), mas sua falência somente poderá ser decretada, indiretamente, seja pelo interventor ou liquidante, seja por convolação da recuperação em falência (art. 73), uma vez verificados os eventos mencionados ou a situação patrimonial referidos no já citado art. 188 do Código Brasileiro de Aeronáutica, quando todo o Capítulo V da Lei 11.101 lhes será aplicável, com as modificações desta lei especial (especialmente os arts. 145, 152, 191, 208, 210 e 313). Também não está excluído o pedido direto de falência formulado por credores, caso sejam constatados os eventos acima mencionados no curso do processo administrativo, e o liquidante não adote essa iniciativa, interpretação que vimos sustentando em relação aos procedimentos de igual natureza, nos itens anteriores, que aqui obtém argumento adicional.

Com efeito, o art. 199 da nova Lei resultou, como sabido, de grande polêmica, acendrada pela crise enfrentada por algumas empresas de transporte aéreo ao final da tramitação do Projeto e sua aprovação pelo Congresso, que foi por isso retardada, até que se adotasse esta opção legislativa, de cuja sabedoria só o tempo dirá. Mas toda orientação legislativa, excluindo ou não determinada atividade negocial da falência, deve vir acompanhada de mecanismos que tutelem devidamente os interesses afetados pela sociedade empresária em crise, que afaste lesão ou ameaça a direitos individuais, que, em nosso sistema constitucional, somente ao Poder Judiciário cabe acolher, apreciar e decidir, de modo definitivo, e não a qualquer autoridade administrativa.⁷⁹

⁷⁹ Após o período de polêmica acima aludido houve modificações no teor do art. 199 por meio da Lei 11.196, de 21 de novembro de 2005, que a ele incluiu os seguintes parágrafos: “Art. 199.

32. A falência em outras leis especiais

A decretação da quebra acarreta também certos efeitos em atividades e negócios empresariais, porque a retirada de cena do empresário individual ou coletivo pode ter outros reflexos de ordem pública, ou modificar certos contratos e negócios jurídicos unilaterais, daí porque a legislação especial a seguir mencionada, enunciada em rol não exaustivo, alude à falência, confirmando o sistema da Lei 11.101, explicitando-o, ou mesmo contendo regras que não de todo compatíveis com as novas formas de solucionar a crise econômica das atividades empresariais – motivo pelo qual estão a merecer adaptações.

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

Entre os documentos requeridos para a participação em licitações com a Administração Pública, o art. 31, inc. II, da Lei 8.666/1993, exige a apresentação de “certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica”. A exigência vinha reiterada em regulamentos pertinentes à concessão e permissão de determinados serviços públicos (art. 6.º, inc. XI, do Decreto federal 1.910/1996 para a habilitação em concorrências que visem a concessão e permissão de serviços desenvolvidos em terminais alfandegados de uso público; art. 23, inc. II, do Decreto federal 2.206/1997, para a concessão de serviços de TV a cabo – ambos excedendo manifestamente o que dispõe a lei geral sobre concessões, abaixo referida, e por isso, pelo menos nessa parte, derogados).

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

Essa modificação estaria em harmonia com o art. 78, inc. IX da chamada Lei de Licitações, que somente erige em hipótese de rescisão do contrato com a Administração

(...) § 1.º 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 contratos de locação, arrendamento mercantil ou de qualquer outra modalidade de arrendamento de aeronaves ou de suas partes. § 2.º Os créditos decorrentes dos contratos mencionados no § 1.º deste artigo não se submeterão aos efeitos da recuperação judicial ou extrajudicial, prevalecendo os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, não se lhes aplicando a ressalva contida na parte final do § 3.º do art. 49 desta Lei. § 3.º Na hipótese de falência das sociedades de que trata o *caput* deste artigo, prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa relativos a contratos de locação, de arrendamento mercantil ou de qualquer outra modalidade de arrendamento de aeronaves ou de suas partes”, com a ressalva (art. 123 da Lei 11.196/2005) no sentido de que as alterações acima referidas não se aplicam aos processos de falência, recuperação judicial ou extrajudicial em curso antes do advento da Lei 11.196. Para complementar o tópico, v. item 275 da presente obra.

a decretação da falência do contratado; ora, se o Plano não vier a ser adequadamente cumprido, a recuperação judicial é convalidada em falência (art. 73 da Lei 11.101), podendo, aí sim, haver rescisão do contrato que essas sociedades mantenham com a Administração Pública.

E haveria harmonia, também, com o regime geral de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, em que a extinção da concessão só se opera com a falência (art. 35, inc. VI, da Lei 8.987/1995), regra repetida na lei que organiza os serviços de telecomunicações (art. 114, inc. I, da Lei 9472/1977) e no Decreto federal que dispõe sobre a exploração de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (art. 24, inc. V, do Decreto 2.521/1998).

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

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

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

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

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

No que tange aos condomínios em edificações e às incorporações imobiliárias, a Lei 4.591, de 16 de dezembro de 1964, dispõe que “os efeitos da decretação da falência ou da

insolvência civil do incorporador não atingem os patrimônios de afetação constituídos, não integrando a massa concursal o terreno, as acessões e demais bens, direitos creditórios, obrigações e encargos objeto da incorporação” (art. 31-F, acrescentado pela Lei 10.931, de 2 de agosto de 2004). Os 20 parágrafos do artigo disciplinam o procedimento próprio e as regras especiais, substanciais e processuais, atinentes às providências que o condomínio deve adotar, para o funcionamento ou constituição de Comissão de Representantes, diante da quebra. O art. 119, IX da Lei 11.101/2005 procura compatibilizar sua disciplina com essa lei especial, à qual faz remissão.

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

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

32.3 *Títulos de crédito*

Os títulos de crédito, modalidade de negócio jurídico composto por declarações unilaterais de vontade, também experimentam modificações com a decretação da falência. A Lei Uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias, Anexo I da Convenções de Genebra promulgadas pelo Dec. 57.663, de 24 de janeiro de 1966 – fonte direta de remissão de quase todas as demais leis sobre títulos de crédito, subsidiadas também pelo Código Civil de 2002 (art. 903),⁸⁰ prescreve que o portador de um título pode exercer o direito de ação contra os endossantes e outros coobrigados, mesmo antes do vencimento, nos casos de falência do sacado, quer ele tenha manifestado seu aceite, quer não (art. 43, n. 2), e nos casos de falência do sacador de um título não aceitável (*idem*, n. 3). O art. 44 acrescenta que “no caso de falência declarada do sacado, quer seja aceitante, quer não, bem como no caso de falência declarada do sacador de uma letra não aceitável, a apresentação da sentença de declaração de falência é suficiente para que o portador da letra possa exercer o seu direito de ação”.

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

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

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), aprovado pela Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990, estipula que, nas ações de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, caso o réu tenha sido declarado falido, o síndico (doravante o admi-

⁸⁰ V., a respeito, nosso, et alii, *Títulos de crédito*. Teoria geral e títulos atípicos em face do novo Código Civil. Títulos de crédito eletrônicos.

nistrador judicial) será intimado a informar a existência de seguro de responsabilidade, facultando-se, em caso afirmativo, o ajuizamento de ação de indenização diretamente contra o segurador, vedada a denúncia da lide ao Instituto de Resseguros do Brasil e dispensado o litisconsórcio com este (art. 101, inc. II).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

MAURO RODRIGUES PENTEADO

33. Direito anterior. Doutrina e jurisprudência

O Dec.-lei 7.661/1945 englobava as regras sobre a definição da competência do juízo de decretação da falência e a declaração de sua indivisibilidade em único dispositivo (art. 7.º, *caput* e §§ 2.º e 3.º);⁸¹ a norma sobre o juízo competente para conceder e processar a concordata, do mesmo teor, constava do art. 156.⁸² O critério funcional do “principal estabelecimento”, tradicional em nosso direito, já aparecia no Dec. 917, de 1890,⁸³ constatação importante que contribui para afastar as confusões que surgem em relação às sociedades empresárias, entre os distintos conceitos de sede e estabelecimento principal (v. item 41, abaixo). Por via de consequência, a doutrina e a jurisprudência consolidadas ao longo da vigência desses diplomas legais, sobre as questões polêmicas que surgem em torno do conceito de “estabelecimento principal”, que não é unívoco, são inteiramente aproveitáveis para a interpretação do dispositivo comentado, doravante iluminadas pela disciplina da matéria também pelo Código Civil.

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

Anote-se, desde logo, a deficiência técnica do artigo comentado, que, ao definir o juízo competente para “homologar”, “deferir” e “decretar”, atos jurisdicionais poste-

⁸¹ “Art. 7.º É competente para declarar a falência o juiz em cuja jurisdição o devedor tem o seu principal estabelecimento ou casa filial de outra situada fora do Brasil. (...) § 2.º O juízo da falência é indivisível e competente para todas as ações e reclamações sobre bens, interesses e negócios da massa falida, as quais serão processadas na forma determinada nesta Lei. § 3.º Não prevalecerá o disposto no parágrafo anterior para as ações, não reguladas nesta Lei, em que a massa falida seja autora ou litisconsorte.”

⁸² “Art. 156. O devedor pode evitar a declaração da falência, requerendo ao juiz, que seria competente para decretá-la, lhe seja concedida concordata preventiva.”

⁸³ “Art. 4.º A *fallencia* será declarada pelo juiz commercial em cuja jurisdição o devedor tiver seu principal estabelecimento ou casa filial de outra situada fora do *Brazil* (...)”

riores, deveria desde logo ter feito constar, como parágrafo único, o consectário lógico do que estatui, ou seja, a regra sobre prevenção da jurisdição, a que fica adstrito o juiz que conhece, por despacho ou distribuição, o primeiro pedido em relação ao devedor, mandamento que figura, quase que escondido, no § 8.º do longo e confuso art. 6.º (v. os comentários a esse artigo, itens 62 e ss., abaixo).

35. Sistema da Lei 11.101. Juízo universal da falência e das recuperações.

Extensão e limites: art. 3.º, c.c. art. 76

A norma do art. 3.º deve ser combinada com o disposto no art. 76, para que se possa aquilatar a extensão e os limites da competência do juízo falimentar. Segundo este último dispositivo, “o juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo”.

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

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

35.1 Peculiaridades, na recuperação judicial

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

O art. 6.º, § 6.º, confirma a universalidade do juízo da recuperação judicial, com as peculiaridades expostas, ao instituir normas de controle sobre as demandas individuais propostas em relação ao devedor, em outros juízos. Note-se, ademais, que um dos requi-

sitos para requerer a recuperação judicial consiste em não ter o devedor, há menos de 5 anos, obtido concessão de mesmo meio de solução para a crise econômico-financeira da empresa de que é titular (art. 48, inc. II).

35.2 *Idem. Na recuperação extrajudicial*

Na recuperação extrajudicial, dada a sua natureza negocial (v. item 14 das Considerações Gerais, supra), o “pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial não acarretará suspensão de direitos, ações ou execuções, nem a impossibilidade do pedido de decretação de falência pelos credores não sujeitos ao plano de recuperação extrajudicial” (art. 161, § 4.º). Neste procedimento não se cogita propriamente de universalidade e indivisibilidade, mas de prevenção com efeitos mais amplos, “quase universal”, para quem aprecia a expressão, pois ao juízo competente para a homologação do procedimento devem acorrer todos os credores do devedor, para a apresentação de suas impugnações (art. 164, *caput*), nele sendo apresentadas, processadas e julgadas as impugnações (art. 164, §§ 2.º a 5.º), as ações revocatórias e os atos e negócios a que se refere o art. 94, inc. III, bem como examinadas outras irregularidades que possam recomendar a rejeição do plano (art. 164, § 3.º e 4.º), que será também indeferido havendo prova de simulação de créditos ou vícios de representação dos credores que o subscreverem (art. 164, § 5.º).

36. Confirmação do juízo universal da falência: Justiça Federal

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

37. *Idem. Justiças estaduais*

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

38. *Ibidem. Juizados Especiais*

Também a lei que disciplina os juizados especiais ressalva a competência do juízo universal da falência: “Ficam excluídas da competência do Juizado Especial as causas de natureza alimentar, *falimentar*, fiscal e de interesse da Fazenda Pública, e também as

relativas a acidentes de trabalho, a resíduos e ao estado e capacidade das pessoas, ainda que de cunho patrimonial” (art. 3.º, § 2.º, da Lei 9.099/1995).

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

Cabe reiterar que o princípio do juízo, “universal” e indivisível na falência (art. 76), relativamente e *pro tempore* universal na recuperação judicial (cf. item 34, supra), não afasta a subsistência e tramitação de determinadas ações e execuções individuais, que continuam a ter curso, em seus respectivos foros, seja quando demandarem quantia ilíquida, inclusive as ações trabalhistas e as execuções de natureza fiscal, que não se suspendem – solução determinada pelo princípio de economia processual, examinada nos comentários ao art. 6.º, abaixo, itens 62 e ss. Pela mesma razão, também a ação a que se refere o art. 19 poderá ser proposta no juízo singular (§ 1.º).

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

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

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

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

42. Conceito de estabelecimento no Código Civil

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

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

A mencionada definição está ligada à inteira base patrimonial do empresário e da sociedade empresária, o *patrimônio*, alvo de conhecida controvérsia, que dividiu a doutrina entre as teorias objetiva e subjetiva, cujo conceito jurídico acabou por se firmar, entre nós, como o conjunto de relações jurídicas pertinentes a uma pessoa, economicamente apreciáveis e coligadas entre si. Corresponde à noção de patrimônio exposta por Clóvis Beviláqua: “Parece melhor fundamentada a opinião dos que o consideram o complexo das relações jurídicas de uma pessoa, que tiverem valor econômico”.⁸⁴ E como complexo de relações jurídicas, o patrimônio figurava na categoria das coisas coletivas ou universais, quando “se encaram agregadas em todo”, a que se referia o art. 54, inc. II, do CC/1916. Com o advento do Código Civil de 2002, o patrimônio passou a ser mais precisamente qualificado como *universalidade de direito*, categoria assim definida no art. 91: “Constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico”.

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

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

⁸⁴ Cf. MARCONDES MACHADO, Sylvio. *Questões de direito mercantil*, p. 126.

43. Pluralidade de estabelecimentos

Por via de conseqüência, essa noção ampla de estabelecimento acolhida no Código Civil, perfil *objetivo* do conceito econômico de empresa e base patrimonial do empresário e da sociedade empresária, convive com outra de menor abrangência na Lei de Falências e de Recuperações – e é importante que se faça a distinção, pois dela decorre a correta interpretação do dispositivo comentado. Sucede que tanto o empresário, quanto a sociedade empresária, podem ter *vários estabelecimentos*, pois assim são *também* usualmente designadas as várias unidades em que se desdobra o complexo organizado para a produção ou a circulação de bens ou serviços.

Neste ponto há que se conceder a palavra a quem melhor estudou o assunto, entre nós, Oscar Barreto Filho,⁸⁵ saudoso Professor de Direito Comercial das Arcadas e autor de parte do Anteprojeto convertida no Título III, Livro II, Parte Especial do Código Civil de 2002, “Do Estabelecimento” (arts. 1.142 a 1.149). Alongadas que sejam, as lições do mestre merecem integral transcrição, *primus*, porque indicam o caminho seguro para interpretar o dispositivo comentado; e *secundus*, porque contribuem para clarear a noção de empresa, tão obscurecida após a promulgação do Código de 2002, e ainda mais, agora, com a nova Lei de Falências.

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

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

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

Examinando especificamente o problema diante do art. 7.º do Dec.-lei 7.661, cuja regra foi inteiramente repetida no dispositivo comentado, Oscar Barreto Filho passa a

⁸⁵ Oscar Barreto Filho, na sua clássica obra *Teoria do estabelecimento comercial*; as citações no texto se iniciam à p. 142.

discutir o problema, relatando as autorizadas opiniões divergentes – método científico de excelência indiscutível, dada a natureza dialética do direito, sobretudo tendo presente a tríade fato-valor-norma, que relativiza qualquer conclusão apriorística – para, ao final, apresentar conclusão,⁸⁶ que acabou por ser acolhida pela jurisprudência, e que não há como deixar de subscrever, com a relatividade mencionada.

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

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

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

⁸⁶ Idem, *ibidem*, p. 145 e 146.

45. Sociedades empresárias: sede e estabelecimento principal

Na linha do que vem de ser exposto, “principal estabelecimento” não se confunde, portanto, com a sede social da sociedade empresária, prevista no contrato ou nos estatutos, ou “o lugar onde funcionarem as respectivas diretorias e administrações” – critério ordinário de domicílio que o Código Civil de 2002 estabelece para as pessoas jurídicas de direito privado em geral (art. 75, inc. IV), e para a sociedade empresária, no que interessa ao entendimento do artigo comentado. É dos princípios da celeridade e economia processual que decorrem, portanto, o antigo critério do “estabelecimento principal”, que excepciona a regra geral constante do art. 75, § 1.º, do CC.⁸⁷

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

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

Art. 4º (Vetado.)

MAURO RODRIGUES PENTEADO

47. Razões do veto

O dispositivo veio a ser vetado pelo Presidente da República, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, V, da CF. Ao que tudo indica o veto será mantido, embora não haja informações, até o momento em que estão sendo escritas estas linhas, se a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, em sessão conjunta, já tenham deliberado sobre as razões do veto, nos termos do art. 57, § 3.º, inc. IV, da CF.⁸⁸

⁸⁷ Além dos autores já citados, v., no mesmo sentido, e entre muitos outros, LACERDA, J.C. Sampaio de. *Manual de direito falimentar*, p. 57.

⁸⁸ As razões do veto são as seguintes: “O dispositivo reproduz a atual Lei de Falências – Dec.-lei 7.661, de 21 de junho de 1945, que obriga a intervenção do *parquet* não apenas no processo falimentar, mas também em todas as ações que envolvam a massa falida, ainda que irrelevantes, e.g. execuções fiscais, ações de cobrança, mesmo as de pequeno valor, reclamatórias trabalhistas etc., sobrecarregando a instituição e reduzindo sua importância institucional. Importante ressaltar que no autógrafo da nova Lei de Falências enviado ao Presidente da República são previstas hipóteses, absolutamente razoáveis, de intervenção obrigatória do Ministério Público, além daquelas de natureza penal. Senão, veja-se:

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

“V – ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento.”

48. Direito anterior

Embora nem sequer tenha sido citado nas Razões do Veto – documento superficial e deficiente, porque nem mesmo se deu ao trabalho de arrolar todas as demais atribuições da instituição, na Lei 11.101 – o dispositivo suprimido encontrava correspondência parcial no art. 210 do Dec.-lei 7.661/1945, que previa, em sua redação original, a oitiva *in genere* do Ministério Público apenas no processo de falência. A Lei 8.131/1990 deu nova redação ao art. 210, suprimindo seu parágrafo único, e acrescentando, na parte final, que a intervenção geral do Ministério Público estendia-se, também, aos processos de concordata.⁸⁹

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

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

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

“XIII – ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento, para que tomem conhecimento da falência.”

“Art. 142 (...)

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

“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. “(...)

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

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

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

⁸⁹ “Art. 210. O representante do Ministério Público, além das atribuições expressas na presente Lei, será ouvido em toda ação proposta pela massa ou contra esta. Caber-lhe-á o dever, em qualquer fase do processo, de requerer o que for necessário aos interesses da justiça, tendo o direito, em qualquer tempo, de examinar todos os livros, papéis e atos relativos à falência ou à concordata”. O parágrafo único, revogado, tinha a seguinte redação: “Pelos atos que praticar, não lhe poderá ser atribuída comissão, ou percentagem, por conta da massa”.

Como é notório, a partir do revigoramento do Ministério Público, levado a cabo pela Constituição de 1988, a instituição cuidou de ocupar os espaços que lhe foram abertos pela Lei maior, o que fez diligentemente e com forte vontade política, mas algumas vezes com excessos, como se deu, ao que parece, com a comentada provisão da Lei 8.131/1990. Pois sendo a concordata um direito potestativo do devedor, um “favor legal” cujo exato cumprimento estava sob a estrita vigilância do juiz, auxiliado pelo comissário, a intervenção do Ministério Público só fazia atrasar ainda mais o andamento do processo.

E aqui residia a maior crítica ao art. 210 do Dec.-lei 7.661/1945, que já havia sido formulada há muito tempo por Valverde, com palavras candentes que merecem transcrição, dada a atualidade com que retratam o que se passava com os processos de falência e concordatas, até agora: após ressaltar que “o sistema da nossa lei, fazendo intervir no processo de falência o representante do Ministério Público é, assim, perfeitamente aceitável e produziria ótimos resultados”, o emérito jurista acrescentava: “Não fora a extensão das atribuições e as incursões indevidas desse representante em quase todos os atos do processo de falência, tornando-o moroso e dispendioso para as partes, sem nenhuma vantagem para a justiça (...) os juízes, por sua vez, pela lei do menor esforço (e quem não a pratica?), se sabem ter na curadoria um funcionário de reconhecido valor, descarregam em cima do curador todos os incidentes processuais, que eles de pronto podiam resolver, para, como de costume, despachar ‘na forma do parecer do Dr. Curador’”.⁹⁰

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

50. O Ministério Público na recuperação judicial

Há, portanto, dois problemas bem distintos a considerar, no que toca ao dispositivo vetado. O primeiro deles é o da participação do Ministério Público na falência, que é inteiramente justificável, pelos motivos também percuientemente alinhados por Valverde,⁹¹ desde que tal intervenção se faça realmente necessária. Neste ponto

⁹⁰ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 1, p. 416 e 417.

⁹¹ “Predominante, embora, em todo o desenvolvimento do processo da falência o interesse privado, é manifesto que o fenômeno da falência, refletindo-se na ordem econômico-social, cuja harmonia rompe e provoca situações jurídicas especiais, cai sob a censura do Poder Público, que precisa conhecer as causas do fenômeno, para impedir, tanto quanto possível, que se renove ou passe a constituir um meio de exploração lucrativo, com grave prejuízo para o crédito nacional. Essas causas podem ser, por sua vez, efeitos de atos culposos ou dolosos do devedor, crimes, cuja repres-

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

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

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

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

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

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

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

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

Dizemos aparentemente, porque não se sabe como pode o MP apresentar impugnações, requerer a substituição do administrador judicial, recorrer contra a decisão que concede o Plano – e, principalmente, verificar se houve ou não dolo, simulação ou falsidade e outros vícios, para que proponha a ação do art. 19, se não acompanhar o

são é dever primordial do Estado. Há, pois, conveniência de integrar na instituição falimentar o representante do Poder Público que, na conformidade da organização judiciária, for o órgão da lei e fiscal de sua execução [o Ministério Público]” (Idem, *ibidem*, v. 1, p. 415).

procedimento, muito de perto. A intimação do MP, a que alude o art. 52, V, tem efeitos, portanto, muito mais amplos do que o veto do artigo sugere.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

52. Intervenção do Ministério Público na falência

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

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

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

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



Capítulo II

DISPOSIÇÕES COMUNS À RECUPERAÇÃO JUDICIAL E À FALÊNCIA

Seção I

Disposições gerais

- Art. 5º** Não são exigíveis do devedor, na recuperação judicial ou na falência:
- I – as obrigações a título gratuito;
 - II – as despesas que os credores fizerem para tomar parte na recuperação judicial ou na falência, salvo as custas judiciais decorrentes de litígio com o devedor.

MAURO RODRIGUES PENTEADO

54. Direito anterior: inaplicabilidade das regras de inexigibilidade à concordata

O Dec.-lei 7.661/1945 continha dispositivo semelhante: “Não podem ser reclamadas na falência: I – as obrigações a título gratuito e as prestações alimentícias; II – as despesas que os credores individualmente fizerem para tomar parte na falência, salvo custas judiciais em litígio com a massa; III – as penas pecuniárias por infração das leis penais e administrativas” (art. 23, parágrafo único).

A nova Lei mantém a regra, mas com alterações relevantes. A primeira delas altera o sistema e elimina as dúvidas acerca do alcance do dispositivo comentado, agora expressamente aplicável à recuperação judicial. No regime anterior, como já anotado, a solução da crise econômico-financeira do devedor encontrava solução apenas na concordata, em relação à qual a regra de inexigibilidade não era aplicável, visto que o citado art. 23 não foi reiterado, nem recebeu remissão, no Título X, dedicado às concordatas. O que não evitou a dedução de pleitos nas concordatas, contra o texto expresso do decreto-lei revogado, que no mandamento acima transcrito se referia por duas vezes à falência, o que levou o Judiciário a repeli-los.

55. Extensão da inexigibilidade à recuperação judicial

A modificação mais importante introduzida pela lei comentada, portanto, foi a de estender a regra de inexigibilidade à recuperação judicial, em princípio justificável, (i) em virtude do objetivo desse procedimento, voltado a solucionar a situação de crise econômico-financeira da atividade negocial do devedor, (ii) e em razão de terem sido excluídos do rol das inexigibilidades as pensões alimentícias e as penas pecuniárias por infração das leis penais e administrativas. As demais hipóteses de inexigibilidade, todavia, devem ser devidamente escrutinadas em face do vigente quadro constitucional, do atual ambiente empresarial e de todos os princípios inscritos no art. 47, vetores

que deverão orientar, no caso concreto, a natureza gratuita ou não de determinada prestação do devedor.

56. Novo enquadramento das pensões alimentícias. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Limites

Com a nova Lei passam os credores de pensões alimentícias, quer as derivadas de relação de parentesco, quer as decorrentes de atos ilícitos, a concorrerem com os demais, na falência. Não poderia ser outra a regra, posto que um dos fundamentos da República é a “dignidade da pessoa humana” (art. 1.º, III, da CF). Por outro lado, a Ordem Econômica e Constitucional, inscrita e sucessivamente modificada no Título VII da Lei Maior como “marco” superior de segurança para os meios empresariais registra, também, que ela “tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (idem, art. 170, *caput*). Sob esse aspecto, o Dec.-lei revogado, editado sob a Constituição de 1937, não teve esse dispositivo recepcionado pela Carta de 1988, a partir da qual o mandamento ora revogado tornou-se indubitavelmente inconstitucional.

Tais créditos resultam de determinação legal ou judicial, que leva em conta a natureza alimentar da prestação, reconhecida, por exemplo, pelo Código de Processo Civil, que autoriza o juiz a arbitrar pensão ao devedor insolvente (art. 785). Ao não repetir a regra que constava do art. 38 do Dec.-lei 7.661/1945, que assegurava ao falido “diligente no cumprimento de seus deveres” o arbitramento de “módica remuneração”, que obviamente tinha caráter alimentar, a nova lei olvidou o quadro constitucional já referido e a realidade deste país de dimensões continentais e economicamente desigual, em que os empresários individuais representam a maioria expressiva dos exercentes de atividades negociais (v. Considerações Gerais, item 1), a despeito da pequena expressão econômica de suas empresas.

As prestações alimentícias são devidas pelo devedor, tanto empresário individual, quanto sociedade empresária. No que diz respeito a esta última, a prestação alimentícia pode estar a cargo de sócio de sociedade de responsabilidade ilimitada, ou decorrer de condenação por atos ilícitos (arts. 948, II e 950 do CC), cuja exigibilidade na falência e na recuperação judicial não pode mais ser posta em dúvida, como o foi anteriormente.

Observe-se, sob esse aspecto, que o Código Civil de 2002 está em desconpasso com a ordem jurídica constitucional, pois manteve, basicamente, o que dispunha a codificação anterior, ao estabelecer, no art. 1.699, que aquele que presta alimentos poderá requerer ao juiz não só a diminuição, como até a *exoneração* do encargo, se experimentar “mudança na situação financeira”. O desconpasso por certo será ajustado pelo Judiciário.

Frise-se, entretanto, que esse mesmo artigo autoriza também o pedido de “redução” dos alimentos, hipótese a ser cogitada caso o valor daqueles seja evidentemente excessivo em relação à situação financeira do devedor em crise econômica, e também à do falido. Embora se trate de obrigação personalíssima, não se exclui, em princípio, tais sejam as circunstâncias (v.g., ajustes inconfessáveis entre devedor e alimentando, e prestação exorbitante), a iniciativa do administrador judicial, do Ministério Público ou de qualquer credor, para propor tal medida.

57. *Idem*. Penas pecuniárias por infração das leis penais e administrativas

As penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, ao lado das multas contratuais e das multas tributárias, figuram, agora, em penúltimo lugar na classificação dos créditos na falência, na frente, apenas, dos créditos subordinados (art. 83, VII). E o seu pagamento deve constar do plano de recuperação judicial, se já não tiverem sido regularizadas, parte delas, via parcelamento de débitos fiscais.

58. Obrigações a título gratuito. Noção clássica. Quadro constitucional, novo ambiente empresarial e a recuperação judicial

A subsistência de obrigações a título gratuito, também chamadas liberalidades, é incompatível, em princípio, com a situação de crise econômico-financeira do devedor, ou quando este se tornar insolvente ou insolvável. A noção da qual geralmente se extrai a natureza dessas obrigações provém do contrato de doação, obviamente aquele desprovido de encargo: “Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra” (art. 538 do CC).

O dispositivo comentado comporta pelo menos três observações: (i) por ser aplicável à falência e à recuperação judicial, sua interpretação deve ser diferenciada, no tocante a cada um desses procedimentos; (ii) na recuperação judicial, cabe cogitar sobre a função social da empresa e os centros de interesses mencionados no art. 47, que não se limitam aos credores; (iii) ainda na recuperação judicial, há que se levar em conta o quadro constitucional mencionado no item 56, acima, que é mais amplo, e, também, por analogia, o disposto no art. 116, parágrafo único, da Lei 6.404/1976, que inclui a comunidade onde a atividade econômica é exercida como outro pólo de interesses merecedor de tutela.

Pois, ao reputar “inexigíveis” as obrigações a título gratuito, a nova lei não está a vedar que determinadas “liberalidades” possam constar do plano de recuperação judicial, desde que relevantes para manutenção de ambiente favorável para que a crise econômico-financeira do devedor possa ser superada, a juízo dos credores. É sabido que, sob o rótulo de “liberalidade”, muita vez se encobrem atos e negócios que melhoram a imagem da empresa e de seus produtos, divulgam e fazem propaganda etc., ou seja, em relação aos quais é possível identificar contraprestação, ainda que intangível.

59. Despesas para tomar parte na falência

Diversamente do que sucede nas ações e execuções singulares, na falência cabe ao credor arcar com as despesas que dispendeu para requerê-la, caso haja o decreto de quebra, pois este retira do réu-devedor o direito de administrar os seus bens e deles dispor (art. 103). Se é certo que apenas um ou vários credores podem ter adotado a iniciativa, de que se aproveitarão os demais, não é menos exato que estes últimos também incorrem em despesas para participar do procedimento. Em contrapartida, a sentença que denega a falência condenará o autor nas custas e despesas processuais.

As custas judiciais, créditos extraconcursais (art. 84, III, parte final), incluem-se entre as despesas “indispensáveis à administração da falência”, a que se refere o art. 150 da nova lei, que serão pagas pelo administrador judicial com os recursos disponíveis em caixa.

60. *Idem*. Na recuperação judicial

A Lei 11.101/2005 estende as inexigibilidades à recuperação judicial, valendo notar que não são todas as despesas que correm por conta dos credores, mas apenas “as que fizerem para tomar parte” no procedimento. As demais despesas ficam a cargo do devedor, tais como as relativas à “remuneração do administrador judicial e das pessoas eventualmente contratadas para auxiliá-lo” (art. 25), e as necessárias para a convocação e a realização da Assembléia-Geral de Credores, salvo se a convocação decorrer de requerimento do Comitê de Credores, ou dos próprios credores (art. 36, § 3.º).

61. Litígios com o devedor. Custas

Diversa é a solução para os litígios individuais entre credor e devedor, instaurados apartadamente em ambos os procedimentos, como se dá com a impugnação de créditos (art. 13), com o procedimento ordinário para exclusão, outra classificação ou a retificação de qualquer crédito (art. 19), com os pedidos de restituição (arts. 85 e ss.), com as ações rescisórias (arts. 129 e 130) etc.

Para esses casos prevalece o princípio geral da sucumbência (art. 20 do CPC); na falência, as custas judiciais relativas às ações e execuções em que a massa falida tenha sido vencida são considerados créditos extraconcursais, e serão pagos antes dos credores classificados nos termos do art. 83 (art. 84, IV), excetuando-se, dentre outros, o caso de pedido de restituição não contestado, em que a massa não será condenada ao pagamento de honorários advocatícios (art. 88, parágrafo único).

Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

§ 1º Terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida.

§ 2º É permitido pleitear, perante o administrador judicial, habilitação, exclusão ou modificação de créditos derivados da relação de trabalho, mas as ações de natureza trabalhista, inclusive as impugnações a que se refere o art. 8º desta Lei, serão processadas perante a justiça especializada até a apuração do respectivo crédito, que será inscrito no Quadro-Geral de Credores pelo valor determinado em sentença.

§ 3º O juiz competente para as ações referidas nos §§ 1º e 2º deste artigo poderá determinar a reserva da importância que estimar devida na recuperação judicial ou na falência, e, uma vez reconhecido líquido o direito, será o crédito incluído na classe própria.

§ 4º Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o *caput* deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial.

§ 5º Aplica-se o disposto no § 2º deste artigo à recuperação judicial durante o período de suspensão de que trata o § 4º deste artigo, mas, após o fim da suspensão, as execuções trabalhistas poderão ser normalmente concluídas, ainda que o crédito já esteja inscrito no Quadro-Geral de Credores.

§ 6º Independentemente da verificação periódica perante os cartórios de distribuição, as ações que venham a ser propostas contra o devedor deverão ser comunicadas ao juízo da falência ou da recuperação judicial:

I – pelo juiz competente, quando do recebimento da petição inicial;

II – pelo devedor, imediatamente após a citação.

§ 7º As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica.

§ 8º A distribuição do pedido de falência ou de recuperação judicial previne a jurisdição para qualquer outro pedido de recuperação judicial ou de falência, relativo ao mesmo devedor.

MAURO RODRIGUES PENTEADO

62. Direito anterior

O art. 6.º da nova Lei reitera, consolida e sistematiza, com maiores ou menores modificações, algumas normas que vinham dispostas dispersamente no Dec.-lei revogado, estendendo-as, a título de “disposições comuns”, à recuperação judicial, a saber: (i) o *caput* do artigo corresponde aos art. 24, *caput*, 39, parágrafo único e art. 47 da lei anterior; (ii) o § 1.º ao art. 24, § 2.º e inc. II; (iii) o § 3.º ao art. 130 e seu parágrafo único; (iv) e o § 8.º ao § 1.º do art. 202.

Ressente-se o artigo, entretanto, de notória deficiência técnica, ao disciplinar – dearticuladamente e sem o devido encadeamento lógico, com remissões, e remissões a remissões – de matérias das mais diversificadas, em seus efeitos, quanto a dois procedimentos inteiramente distintos, um para liquidar o patrimônio do devedor, e outro para preservar a atividade empresarial, em crise econômico-financeira.

63. Juízo universal da falência e juízo da recuperação judicial: art. 3.º

Como já foi observado nos comentários ao art. 3.º (itens 35 e 39), o primado do juízo universal da falência, bem como o do juízo relativamente e *pro tempore* universal da recuperação judicial experimenta exceções, ditadas pelos princípios da celeridade e da economia processual.

Deferido o processamento da recuperação judicial, ou decretada a falência do devedor, todas as ações e execuções individuais sofrem a força atrativa do juízo da execução coletiva ou do procedimento coletivo de recuperação judicial, que as suspende por tempo certo, exigindo que a ele compareçam os credores para habilitar os seus créditos (art. 7.º, § 1.º). No primeiro caso, apenas *relativamente*, porque todas as ações contra o devedor que requerer a recuperação ficam suspensas, pelo prazo de 180 dias – findo o qual ressurgem o “direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial” (art. 6.º, *caput* e § 4.º). Na falência a ordem de suspensão é mais ampla (art. 99, V), pois perdura durante todo o processo de execução coletiva.

O dispositivo comentado consagra a regra geral, explicitando as demandas individuais que, por força dos referidos princípios, continuam a tramitar no juízo de origem, até a liquidação do valor do crédito contra o devedor, e também trata das ações trabalhistas e das execuções fiscais, não alcançadas pela suspensão.

64. Despacho, distribuição e prevenção da jurisdição: § 8.º

Veio escondida no § 8.º do artigo comentado a regra que, segundo a melhor técnica, deveria figurar como parágrafo único do art. 3.º, definindo o corolário do juízo univer-

sal, ou seja, a prevenção. O dispositivo, assim, contribui para a interpretação sobre o juízo competente para conhecer os pedidos de falência e das recuperações, que consta do art. 3.º, mal redigido, pois alude ao juízo incumbido de prestar a jurisdição (homologar, deferir, decretar), e não ao que cabe conhecer do pedido de falência ou de recuperação, tal como constava do art. 202 do Dec.-lei revogado, parcialmente reproduzido, em relação às falências, pelo art. 78 da nova Lei, que complementa o dispositivo comentado.

Ao estabelecer que “a distribuição do pedido de falência ou de recuperação judicial previne a jurisdição para qualquer outro pedido de recuperação judicial ou de falência, relativo ao mesmo devedor”, o § 8.º corta, cerce, as dúvidas que poderiam ser suscitadas em razão da terminologia nem sempre uniforme adotada pela nova Lei, na matéria.

Quanto à falência, a distribuição obrigatória dos pedidos, respeitada a ordem de apresentação, vem regulada no art. 78, *caput*, que ainda trata, no parágrafo único, da distribuição por dependência das ações que devam ser propostas no juízo universal. Mas, no que tange à recuperação judicial, embora o art. 3.º aluda a “deferir”, e o art. 48 a “requerimento do devedor”, a petição inicial (art. 51) deverá ser registrada por despacho do juiz, ou distribuída, onde houver mais de um juiz ou mais de um escrivão (arts. 251 e 263 do CPC) – atos processuais que previnem a jurisdição em relação a novos pedidos de recuperação do mesmo devedor e às correspondentes medidas preparatórias (art. 800 do CPC).

65. Suspensão da prescrição

Dentre os vários efeitos da decisão judicial que decreta a falência (art. 99) ou defere o processamento da recuperação judicial (art. 52), dois deles são tratados no artigo comentado. O primeiro é o que determina a suspensão do curso da *prescrição*, instituto que, em sua disciplina geral, tem por fim extinguir a pretensão nascida para o titular de um direito que tenha sido violado (art. 189 do CC), no caso o direito de ação dos credores contra o devedor falido, ou em processo de recuperação judicial. Diversamente do que sucede com a interrupção, que anula o lapso prescricional iniciado (art. 202, parágrafo único, do CC), a suspensão paralisa o curso da prescrição, que é retomado após a remoção do evento que a determinou, segundo as regras próprias de cada um dos institutos aqui examinados. A regra alcança todos os credores, independentemente da habilitação de seus créditos no juízo universal. No plano de recuperação judicial para microempresas e empresas de pequeno porte, o pedido com base em plano especial não acarreta a suspensão do curso da prescrição dos créditos derivados de obrigações não abrangidas no plano (art. 71, parágrafo único).

65.1 Na falência

No que tange à falência, reza o art. 157 da nova Lei que “o prazo prescricional relativo às obrigações do falido recomeça a correr a partir do dia em que transitar em julgado a sentença do encerramento da falência”, caso não sejam extintas, por força dos fatos, atos e negócios enumerados no art. 158. Dentre estes figura “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” (art. 158, III).

65.2 Na recuperação judicial: *caput* e § 4.º

Na recuperação judicial, a suspensão da prescrição das obrigações do devedor “em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias

contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e exceções, independentemente de pronunciamento judicial”, caso não haja novação das referidas obrigações, que é um dos meios extintivos das obrigações em geral (arts. 360 e 364 do CC), e constitui efeito particular da concessão judicial do plano de recuperação (art. 59 da Lei 11.101). Os credores não vinculados ao plano, sobretudo aqueles cujos créditos tenham se constituído após a concessão judicial, remanescem com os direitos de ação a eles correspondentes.

66. Suspensão do curso das ações e execuções singulares

O segundo efeito da sentença declaratória da falência ou da decisão que defere o processamento da recuperação judicial é o de suspender o curso de todas as ações e execuções que os credores tinham proposto contra o devedor, nos juízos próprios. O efeito, aqui, é o de paralisar o curso das ações e execuções, que podem ou não ter prosseguimento, posteriormente, por onde tramitavam, conforme as características próprias dos dois institutos que o artigo disciplina mediante “disposições comuns”, técnica de complexidade desnecessária, que exige maiores explicitações, para bem apreender o alcance do comando legal. Cabe anotar que não há suspensão do curso das ações e execuções relativas a créditos não abrangidos no plano especial de recuperação judicial para microempresas e empresas de pequeno porte (art. 71, parágrafo único).

66.1 Na falência

A norma, na falência, constitui aplicação do princípio contido no art. 115, segundo o qual “a decretação da falência sujeita todos os credores, que somente poderão exercer os seus direitos sobre os bens do falido e do sócio ilimitadamente responsável na forma que esta Lei prescrever”. Dele decorre, como corolário, que o juízo da falência é competente para conhecer e decidir todos os litígios sobre bens, interesses e negócios do falido, afastado de suas atividades (art. 75), que venham a ser propostas ou que estejam em curso contra a massa, exceto as causas trabalhistas e fiscais, e as não reguladas na legislação falimentar, nas quais o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo, tendo prosseguimento com o administrador judicial, que deverá ser intimado para representar a massa falida, sob pena de nulidade do processo (art. 76, *caput* e parágrafo único).

A ordem de suspensão dos feitos em curso deve constar da sentença declaratória, e o dispositivo que assim o determina exclui da norma de suspensão as demandas que versarem sobre quantias ilíquidas (art. 99, V), por economia processual, observado, sempre, o disposto no art. 76, parágrafo único.

Extinto que foi o instituto da concordata suspensiva, que constituía o termo final da suspensão das ações e execuções, na falência, pois, com o seu deferimento, os bens da massa eram transferidos novamente à livre disposição do devedor (art. 183 do Dec.-lei 7.661/1945), as demandas individuais transferem-se, doravante, mediante habilitação (art. 9.º da Lei 11.101), e prosseguem no juízo universal da falência. Nas execuções individuais em que já houver penhora de bens, estes serão transferidos para a massa (art. 108, § 3.º).

66.2 Na recuperação judicial: *caput* e § 4.º

Na recuperação judicial, a suspensão do curso das ações e execuções singulares perdura pelo “prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento

do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial” (art. 6.º, § 4.º).

Na prática, o mencionado prazo (*stay period*, no jargão do mercado) foi concedido ao devedor para que este possa negociar e incluir seus débitos já cobrados judicialmente no plano de recuperação, que, se concedido, operará a novação de todos os créditos a ele sujeitos (art. 59).

Esta regra de suspensão comporta várias exceções, que serão examinadas nos itens subseqüentes, sobretudo quanto às execuções de natureza fiscal, que receberam tratamento especial, a fim de que, durante o aludido prazo, o devedor regularize a sua situação tributária, através de parcelamento de débitos (vide item 74, abaixo).

67. Ação que demandar quantia ilíquida. Prosseguimento e reserva para pagamento. §§ 1.º e 3.º

A suspensão do curso de ações e execuções individuais não alcança as demandas que versarem sobre quantia ilíquida, que terão prosseguimento no juízo perante o qual estiverem sendo processadas. A norma, que já constava do Dec.-lei 7.661/1945 (art. 24, § 2.º), tem aplicação diferenciada em ambos os procedimentos: na recuperação judicial, tais ações prosseguem com o próprio devedor, que não é afastado de suas atividades, mas passa a exercê-las sob a fiscalização do administrador judicial (art. 22, II, *a*); na falência, prosseguem com o administrador judicial, que, para tanto, deverá ser intimado, sob pena de nulidade do processo (art. 76, parágrafo único).

É desnecessário reiterar o que já foi dito acerca da *ratio essendi* do ditado legal, em última análise voltado à economia processual e à natureza do juízo universal, que é procedimento de execução coletiva, na falência, ou de quantificação de valores líquidos que oneram o patrimônio do devedor, na recuperação judicial, a fim de que possa ser avaliada a viabilidade do respectivo plano, tendo em mira a sua concessão. Lógica, portanto, a solução de manter as ações nos juízos de origem, até que sejam apurados os créditos devidos, para inclusão no Quadro-Geral de Credores.

Nesse entretempo, porém, é ressaltado ao credor pleitear ao juízo singular, perante o qual tramite a ação, que “determine”, se este não o fizer de ofício, ao juízo universal, a reserva de importância estimada do valor do crédito, o que, na recuperação judicial, contribuirá para melhor definir o passivo do devedor, no Plano de Recuperação, além de, como se dá na falência, preservar os direitos daquele que litiga em juízo próprio, no Quadro-Geral de Credores, segundo a classificação do art. 83.

68. Créditos trabalhistas: habilitação, exclusão ou modificação de valores ainda não pleiteados na Justiça do Trabalho. Reclamatória típica e atípica: §§ 2.º e 3.º

Não entram também na regra da suspensão os créditos derivados das relações de trabalho, cujas reclamações ainda não tenham sido ajuizadas, na data do pedido, a despeito da tortuosa redação da lei.

Para os créditos trabalhistas a nova Lei apresenta duas soluções: na primeira delas, os credores trabalhistas podem pleitear diretamente ao administrador judicial a habilitação de seus créditos, ou a exclusão ou modificação de seus valores (art. 6.º, § 2.º, 1.ª parte, c.c. art. 9.º).

Se não forem adequadamente atendidos na relação de credores a ser elaborada e publicada pelo administrador judicial, nos termos do art. 7.º, § 2.º, cabe-lhes reclamar perante o juízo universal, apresentando impugnação de crédito (art. 8.º). Mas tais impugnações serão processadas perante a justiça especializada, até a apuração do respectivo crédito, que será inscrito no Quadro-Geral de Credores pelo valor determinado na sentença (art. 6.º, § 2.º), ressalvado o pedido de reserva (art. 6.º, § 3.º). Trata-se, portanto, de ação reclamatória trabalhista atípica, que tem início no juízo universal, mas que prossegue na justiça especializada, se houver impugnação de crédito.

A segunda solução para os credores trabalhistas consiste no ingresso direto com reclamatória trabalhista típica, até que “haja a apuração do respectivo crédito”, o que não é vedado pelo § 2.º do artigo comentado, que apenas “permite” a escolha da fórmula alternativa da habilitação de crédito.

**69. Ações trabalhistas em curso. Suspensão ou prosseguimento?
Reserva para pagamento. §§ 2.º e 3.º**

A hipótese que acaba de ser examinada mostra tratamento diferenciado entre os créditos trabalhistas ajuizados e os não ajuizados. Para estes últimos, como visto, a nova lei concede a faculdade de o credor pleitear o reconhecimento de seu crédito no juízo universal, o que não obsta, porém, a propositura direta de ação trabalhista, pois tais direitos ficam suspensos com o decreto de quebra ou o deferimento do processamento da recuperação, apenas “até a apuração do respectivo crédito, que será inscrito no Quadro-Geral de Credores pelo valor determinado em sentença” (art. 6.º, § 2.º, parte final).

No tocante às reclamatórias trabalhistas já ajuizadas, a despeito da péssima redação do artigo, há que prevalecer a regra geral mencionada no item 67, acima, que determina o prosseguimento das ações que demandarem quantia ilíquida, durante o período de suspensão das demais ações. Ou seja: as ações trabalhistas prosseguem no juízo especializado em que estão sendo processadas, até a quantificação do crédito, para posterior inscrição no Quadro-Geral de Credores do juízo universal, por força do mesmo art. 6.º, § 2.º, parte final. Com a garantia do pedido de reserva que aquele juízo de origem pode determinar ao juízo universal (art. 6.º, § 3.º).

70. Idem. Execuções trabalhistas, § 5.º. A deficiência técnica da Lei na disciplina dos créditos trabalhistas. Ato falho do legislador?

Reitere-se que o legislador não foi muito feliz ao aprovar o texto do dispositivo comentado, prenhe de parágrafos desarticulados, sem encadeamento e desdobramento lógico, com inúmeras remissões – e o que é pior, com remissões a remissões.

Em razão disso, para alcançar as conclusões a que chegamos nos itens 68 e 69 – ou seja, a de que os créditos trabalhistas não são alcançados pela regra de suspensão estabelecida no *caput* –, houve a necessidade de adotar cuidadosa interpretação sistemática, que incluiu o exame da regra geral sobre as quantias ilíquidas em geral (§ 1.º), em conjunto com as normas sobre os créditos trabalhistas, concatenadas com princípios mais gerais e de hierarquia superior, que serão expostos no item 72, abaixo.

O § 5.º do artigo confirma a conclusão, embora a solução que apresenta reclame maiores esclarecimentos, pois não se aplica à falência. Quanto a esta, e como já foi visto (item 66.1, *supra*), as ações trabalhistas prosseguem no juízo especializado,

com o administrador judicial representando a massa (art. 76, *caput* e parágrafo único); e a ordem de suspensão de todas as ações e execuções, que deve constar do decreto de quebra, com essa ressalva (art. 99, V).

Já o parágrafo comentado, que é aplicável somente à recuperação judicial, dispõe – considerando as remissões, e as remissões a remissões – que os créditos trabalhistas ajuizados e já em fase de execução prosseguem, “após o fim da suspensão”, até serem “normalmente concluídas, ainda que o crédito já esteja inscrito no Quadro-Geral de Credores”. O que vale dizer que tais demandas, que já corriam contra o devedor, sob a supervisão do administrador judicial, prosseguem em fase de execução até solução final. A dedução que se tira do dispositivo é a de que o pagamento dos valores relativos àquelas execuções trabalhistas será equacionado, no chamado *stay period*, com vistas à viabilização do Plano respectivo.

Muito se tem dito e escrito a respeito da extrema exigüidade, ou mesmo irrealidade, dos prazos assinados pela nova Lei, na recuperação judicial. A regra inscrita no parágrafo examinado parece indicar que o legislador pressentiu a procedência da crítica, e a acolheu.

71. Créditos trabalhistas: ainda a questão do rebaixamento, limitações e constitucionalidade da classificação dos créditos trabalhistas

Neste ponto, e como argumento de reforço ao que foi exposto nos itens anteriores sobre o tratamento dispensado aos créditos trabalhistas pelo artigo comentado, sejam permitido fazer ao item 2.3 das Considerações Gerais, no qual, em breve síntese, foi abordada a questão do rebaixamento, limitações e constitucionalidade da classificação dos créditos derivados das relações de trabalho, que serve de suporte adicional às conclusões até aqui expostas.

72. Normas da CLT aplicáveis

O § 2.º do art. 6.º da nova Lei requer, também, que se tenham presentes pelo menos quatro normas da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Dec.-lei 5.452, de 1.º de maio de 1943. A primeira delas, art. 449, teve seus §§ 1.º e 2.º revogados tacitamente pela Lei 11.101/2005⁹² – e aqui reside uma das inovações mais significativas da nova Lei, que bem evidencia o partido tomado pelo legislador no tratamento das várias espécies de credores, ao colocar em posição subalterna parte dos direitos trabalhistas dos empregados, na classificação de créditos (art. 83, I, e VI, alínea c e § 4.º).⁹³

A segunda – *caput* do art. 449 da CLT – cuida dos reflexos da decretação da falência, e, doravante, da recuperação judicial, nas relações trabalhistas, *verbis*: “Os direitos oriundos da existência do contrato de trabalho subsistirão em caso de falência, concordata ou dissolução da empresa”.

⁹² “Art. 449 (...) “§ 1.º Na falência, constituirão créditos privilegiados a totalidade dos salários devidos ao empregado e a totalidade das indenizações a que tiver direito. “§ 2.º Havendo concordata na falência, será facultado aos contratantes tornar sem efeito a rescisão do contrato de trabalho e conseqüente indenização, desde que o empregador pague, no mínimo, a metade dos salários que seriam devidos ao empregado durante o interregno.”

⁹³ Pende no STF a ADIn 3.424-3.

A terceira, ao estabelecer a competência das Varas do Trabalho (art. 652, parágrafo único), determina que “terão preferência para julgamento os dissídios [individuais] sobre pagamento de salário e aqueles que derivarem da falência do empregador (...)”.

Por fim, igual prioridade vem garantida, no caso de dissídios coletivos, pela terceira norma: “Terá preferência em todas as fases processuais o dissídio cuja decisão tiver de ser executada perante o Juízo da falência” (art. 768).

73. Representantes comerciais autônomos

As importâncias devidas aos representantes comerciais autônomos pelo devedor representado, inclusive comissões vencidas e vincendas, indenização e aviso prévio são considerados *créditos da mesma natureza dos créditos trabalhistas*, na falência (Lei 4.886/1965, art. 44, com a redação dada pela Lei 8.420/1992). Para o julgamento das ações do representante comercial autônomo contra o representado é competente a justiça comum, e conforme o valor, os juizados especiais cíveis (*idem*, art. 39), na medida em que, *ex vi legis*, apesar da equiparação referida, não se estabelece entre representante e representado *relação de emprego* (Lei citada, art. 1.º).

Não obstante o artigo ora comentado referir-se a “créditos derivados da relação do trabalho” e a “execuções trabalhistas” – e também o art. 83 repetir a primeira expressão (incs. I e VI), o § 4.º deste último artigo, talvez outro ato falho, alude a *créditos trabalhistas*. Pela equiparação por *natureza* feita pela Lei 4.886, e pela dicção do § 4.º do art. 83, parece não remanescer dúvidas que o artigo comentado também se aplica às relações mantidas pelo representante comercial autônomo com o devedor, pois os créditos dela derivados são considerados *créditos da mesma natureza dos créditos trabalhistas*, para todos os efeitos da Lei 11.101, inclusive no que toca à sua classificação, no art. 83, e ao direito a pagamento prioritário, nos termos do art. 151.

74. Terceirização. Trabalhadores temporários em empresas urbanas

Cabe anotar, a propósito do artigo comentado, que, “no caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, no tocante ao tempo em que o trabalhador esteve sob suas ordens, assim como em referência ao mesmo período, pela remuneração e indenização previstas nesta Lei” (art. 16 da Lei 6.019/1974). O mesmo comando consta do regulamento da Lei, baixado pelo Dec. 73.841/1974 (art. 30).

75. Execuções de natureza fiscal, nas recuperações judiciais: § 7.º

Nos termos do § 7.º do artigo comentado, as execuções fiscais não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do CTN e da legislação ordinária específica. A norma encontra melhor explicação no que dispõe o art. 57 da nova Lei, que determina ao devedor, após a aprovação tácita ou expressa do plano e de sua juntada aos autos, a apresentação de certidões negativas de débitos tributários, como condição prévia à concessão da recuperação judicial, pelo juiz (art. 58).

No interregno que medeia o pedido de recuperação e sua aprovação pelos credores, o chamado *stay period* – curto, frise-se –, o devedor deverá diligenciar, portanto, o parcelamento de seus débitos fiscais, nos termos do art. 151, VI, do CTN (acrescentado

pela Lei Complementar 104/2001), que suspende a exigibilidade do crédito tributário e permite a expedição das certidões.

**76. Falência, recuperação judicial, CTN e a Lei de Execuções Fiscais.
Modificações. Lei Complementar 118: irresponsabilidade tributária,
por sucessão**

A Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980 – para tutela efetiva dos direitos da Fazenda Pública, cujas execuções não se suspendem, sendo executadas sobre os bens integrantes da massa ou do patrimônio do concordatário (doravante o devedor em recuperação judicial) – vedava a autorização judicial para a alienação de bens do devedor, “sem a prova de quitação da Dívida Ativa ou a concordância da Fazenda Pública” (art. 31). O síndico e o comissário (agora o administrador judicial) seriam solidariamente responsáveis pelos débitos fiscais, caso alienassem ou outorgassem em garantia bens do ativo do devedor, sem a observância desse preceito tutelar (art. 4.º, § 1.º).

Neste ponto o sistema foi radicalmente modificado. O art. 133 do Código Tributário Nacional, que trata da responsabilidade tributária dos adquirentes de bens integrantes do patrimônio de empresas, foi substancialmente alterado, com o acréscimo de § 1.º que dispõe que o mandamento não se aplica no caso de alienação judicial: “I – em processo de falência; II – de filial ou unidade produtiva isolada, em processo de recuperação judicial”. Os novos §§ 2.º e 3.º do artigo – todos eles acrescentados pela Lei Complementar 118, de 2005 – alinha algumas normas de proteção da Fazenda Pública, nesses casos, que pouco restringem a larga brecha aberta pelo § 1.º.

Repetindo o que já consta do CTN, o art. 5.º da Lei 6.830 estabelece que a competência para processar e julgar a execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública exclui a de qualquer outro, inclusive o da falência e da concordata (doravante a recuperação judicial). E o art. 29 acrescenta que a cobrança judicial desses créditos tributários não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência e concordata (recuperação judicial).

Quanto aos demais aspectos gerais, relativos aos créditos de natureza fiscal, que possam contribuir para a melhor inteligência do artigo comentado, reportamo-nos ao item 2.2 das Considerações Gerais.

**77. Dívidas previdenciárias. Parcelamento, reivindicação e classificação.
Salário-educação**

A fórmula prevista pela nova Lei para a solução dos débitos de natureza fiscal é idêntica à prevista para as dívidas previdenciárias do devedor em crise econômico-financeira, pois o parcelamento destes só é vedado no caso de falência (, art. 38, § 11 da Lei 8.212/1991). Não há confundir, entretanto, os débitos próprios do devedor, com os valores por ele retidos de seus empregados, pois quanto a estes a sua qualificação é a de depositário, tanto que o Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Dec. 3.048, de 06 de maio de 1999, estabelece que “o Instituto Nacional do Seguro Social *reivindicará* os valores descontados pela empresa do segurado empregado e trabalhador avulso (...), sendo que esses valores não estão sujeitos ao concurso de credores” (art. 246, parágrafo único).

Vale acrescentar que, nos termos do *caput* desse artigo, “o crédito relativo a contribuições, atualização monetária, juros de mora, multas, bem como a outras importâncias,

está sujeito, nos processos de falência, concordata ou concurso de credores, às disposições atinentes aos créditos da União, aos quais é equiparado”.

A mesma equiparação, para fins de classificação no Quadro-Geral de Credores, é dada à contribuição social do salário-educação (Dec. 3.142/1999).

78. Créditos sujeitos à recuperação judicial: exceções e medidas acautelatórias, durante o prazo de suspensão: art. 6.º, § 4.º c.c. art. 49, §§ 3.º e 5.º

Os créditos sujeitos à recuperação judicial são todos aqueles existentes na data do pedido, ainda que não vencidos; e os credores conservam os seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso (art. 49, *caput* e § 1.º).

São excluídos da recuperação: (i) os credores por adiantamentos a contrato de câmbio para exportação (art. 49, § 4.º); e (ii) os credores titulares de direito de propriedade fiduciária de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel com contratos com cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, e de direitos de propriedade, em contrato com reserva de domínio.

Neste último caso (ii), durante o prazo de suspensão de que trata o § 4.º do artigo ora comentado, não é permitida a venda ou retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial (art. 49, § 3.º).

Durante esse mesmo prazo de suspensão, o valor eventualmente recebido em pagamento das garantias a que alude o § 5.º do art. 49 deverão permanecer em conta vinculada.

79. Controle pelo juízo universal das demandas individuais: § 6.º

O juízo universal da falência, e o juízo *pro tempore* e relativamente universal, das recuperações judiciais, deve exercer, nos termos do § 6.º do artigo comentado, o controle sobre as ações individuais que venham a ser propostas contra o devedor. O dispositivo desdobra o monitoramento das demandas singulares sob três formas, para torná-lo mais eficiente: (a) verificação periódica, pelo próprio juízo universal, perante os cartórios de distribuição (*caput* do §); (b) comunicação, pelo juiz competente, ao juízo universal, quando do recebimento da inicial (inc. I); e (c) *idem*, pelo devedor, imediatamente após a citação (inc. II).

No sistema de controle das demandas individuais propostas contra o devedor em recuperação, ou falido, tem participação relevante o administrador judicial, que representa a massa falida em juízo (art. 22, III, *n*), e fiscaliza as atividades do devedor, na recuperação judicial (art. 22, II, *a*).

Seção II

Da verificação e da habilitação de créditos

Art. 7º A verificação dos créditos será realizada pelo administrador judicial, com base nos livros contábeis e documentos comerciais e fiscais do devedor e nos documentos que lhe forem apresentados pelos credores, podendo contar com o auxílio de profissionais ou empresas especializadas.

§ 1º Publicado o edital previsto no art. 52, § 1º, ou no parágrafo único do art. 99 desta Lei, os credores terão o prazo de 15 (quinze) dias para apresentar ao administrador judicial suas habilitações ou suas divergências quanto aos créditos relacionados.

§ 2º O administrador judicial, com base nas informações e documentos colhidos na forma do *caput* e do § 1º deste artigo, fará publicar edital contendo a relação de credores no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, contado do fim do prazo do § 1º deste artigo, devendo indicar o local, o horário e o prazo comum em que as pessoas indicadas no art. 8º desta Lei terão acesso aos documentos que fundamentaram a elaboração dessa relação.

JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO

80. Introdução

A verificação de créditos constitui capítulo fundamental da realidade jurídica dos procedimentos concursais, de que vem a ser elemento essencial. De natureza jurisdicional, embora haja quem sustente o contrário, propugnando por sua pertinência à jurisdição voluntária,⁹⁴ a verificação de créditos vem a ser consequência necessária da suspensão de ações e execuções contra o devedor sujeito a concurso, as quais, por assim dizer, substituem-se pelos pedidos de verificação.⁹⁵ A sentença que encerra a verificação, julgando os créditos, possui eficácia de coisa julgada,⁹⁶ definindo, portanto, o universo dos créditos admitidos em valor e por classes, e fixando, em consequência, o passivo do devedor, no processo concursal.

Os dispositivos a serem analisados (arts. 7.º a 20) dizem respeito, em comum, tanto à recuperação judicial quanto à falência. Assim sendo, dos procedimentos respectivos participam o órgão judiciário e o administrador judicial, além, naturalmente, dos credores e do Comitê a que se refere o art. 26, o Ministério Público e o próprio devedor, bem como seus sócios. A verificação, nos termos deste art. 7.º, tem, a princípio, caráter

⁹⁴ Cf. PROVINCIALI, Renzo e MAGGIORE, G. Ragusa. *Istituzioni di diritto fallimentare*, p. 464 e seguintes, mas os autores sustentam, como a doutrina mais moderna, o *carattere giurisdizionale del procedimento di verifica*.

⁹⁵ “Es, entonces, una inherencia del proceso concursal que las acciones individuales se transmuten en pedidos de verificación conforme las normas pertinentes de la Ley de Concursos”, cf. MAFFIA, Osvaldo J. *Derecho concursal*, t. I, p. 337.

⁹⁶ Cf. VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 2, p. 103.

administrativo e está, nesse momento, a cargo do administrador judicial, que pode contar com o auxílio de profissionais ou empresas especializadas.

81. Auxiliares

Não é necessário o concurso desses terceiros, sendo rigorosamente facultativo seu ingresso no procedimento de verificação, o que somente se dará sempre que, a juízo do administrador judicial, seja preciso a eles recorrer. A remuneração de tais auxiliares será fixada pelo juiz, nos termos do § 1.º do art. 22. Note-se que a própria contratação deles depende de autorização judicial, como deixa claro o art. 22, I, *h*, o que equivale a dizer que a necessidade da contratação e a qualificação da pessoa contratada, física ou jurídica, ficam, ambas, em última análise, sob a competência do juízo. Caberá ao administrador judicial demonstrar, especialmente, a necessidade da contratação e a capacitação do contratado. Autorizada a contratação pelo juiz, será ela formalizada pelo administrador judicial.

De particular importância pode ser a participação dos auxiliares, profissionais ou empresas especializadas, na elaboração de laudo, a servir de fundamento ao parecer do administrador judicial sobre os créditos declarados, impugnados ou não, nos termos do parágrafo único do art. 12, abaixo comentado.

82. Função declaratória da verificação

Toda essa atividade administrativa que se desenvolve de acordo com o art. 7.º tem por objeto coligir as informações necessárias sobre os créditos contra o devedor, de sorte a permitir a todos os participantes do processo conhecer os fundamentos das pretensões respectivas, de fato e de direito. Não se trata, porém, de atividade meramente administrativa, assimilável àquela tipicamente atribuída à jurisdição voluntária. O desenvolvimento da atividade visa a uma declaração que, uma vez homologada pelo juízo, adquire eficácia para todos os efeitos dos procedimentos, sejam falimentares, sejam de recuperação judicial. Cuida-se de modalidade de declaração judicial semelhante ao *accertamento*, da prática do direito italiano.⁹⁷ Como dito, a verificação se encerra por sentença declaratória, com eficácia de coisa julgada.

83. Procedimento

Para tanto, o administrador judicial terá à sua disposição os livros contábeis e documentos comerciais e fiscais do devedor, que serão examinados em conjunto com os documentos que lhe forem apresentados pelos credores. No caso de recuperação judicial, o juiz, ao deferir o respectivo processamento, deve ordenar a expedição de edital com a relação nominal dos credores, em que se há de discriminar o valor atualizado e a classificação de cada crédito (art. 52, § 1.º). No caso de falência, compete ao falido, mediante ordem judicial, a apresentação, em cinco dias, da relação nominal de credores, indicando a importância, natureza e classificação de cada qual, cabendo ao juiz ordenar a publicação de edital contendo a relação de credores (art. 99, III e parágrafo único).

⁹⁷ Sobre a questão, e notando que o processo de verificação é um caso particular, regulado pela lei de cognição, cf. o clássico estudo de Liebman, que conclui: “La verificazione è, dunque, in ogni caso accertamento giurisdizionale”. Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio, *La contestazione dei crediti nel fallimento*, p. 671 e ss.

O objetivo dessa fase preliminar, ainda não contenciosa, é chegar à relação de credores prevista no § 2.º do art. 7.º. Essa relação de credores, elaborada de acordo com os dados referidos no parágrafo anterior, será, portanto, de iniciativa do administrador judicial, que terá, para tanto, o prazo de quarenta e cinco dias, na forma do dispositivo legal. Note-se que as “divergências quanto aos créditos relacionados”, a que alude o § 1.º do art. 7.º, *in fine*, expressam desacordos dos credores quanto à relação publicada, os quais, no entanto, não se qualificam juridicamente como impugnações, no sentido técnico da palavra, e não produzem os efeitos das impugnações processadas e julgadas por sentença do juiz (e não de divergências solucionadas pelo administrador judicial), tudo com base no art. 8.º, as quais se dirigem contra a relação de credores, elaborada e mandada publicar pelo administrador judicial consoante o § 2.º do art. 7.º.

As divergências são dirigidas ao administrador judicial e, por isso, não necessitam de representação por advogado, ao contrário das impugnações que, dirigidas ao juiz (art. 8.º), já constituem exercício da advocacia. Se aceitar a divergência formulada, o administrador judicial deverá alterar a relação de credores, que deve ser novamente publicada, na forma da Lei.

Não há, evidentemente, divergências manifestadas pelo devedor. Há de se notar que, no direito anterior, a então existente informação do falido, quando contrária à legitimidade, importância ou classificação do crédito, devia ser havida como impugnação, para todos os efeitos. Era o entendimento de Miranda Valverde, ao dar notícia da antiga discussão sobre a qualidade do falido de impugnar créditos.⁹⁸ Carvalho de Mendonça opinava pela negativa. Com efeito, no ensinamento do grande comercialista, ainda na vigência do antigo direito, o falido não teria “o direito de impugnar créditos, mas simplesmente o dever de informar sobre a sua legitimidade, regularidade ou autenticidade, quando as declarações lhe fossem apresentadas”.⁹⁹ Grande foi, portanto, a inovação da Lei ora sob comentário, ao permitir expressamente o devedor a impugnar créditos (art. 8.º). No sistema precedente, presumia-se que os próprios credores, à vista da informação desfavorável do falido sobre determinado crédito, viessem a formular as necessárias impugnações. Agora, entretanto, mesmo à falta de manifestação de qualquer credor, o devedor tem legitimação autônoma para contestar créditos. Mas, na Lei vigente, a questão se resolve diferentemente, uma vez que o art. 8.º, ao cuidar das impugnações, confere a qualidade de impugnar ao devedor ou seus sócios, eliminando-se, assim, qualquer dúvida. Além disso, o devedor deverá, ainda, ser intimado pelo juiz para se manifestar sobre as impugnações de crédito e toda a matéria litigiosa, de conformidade com o art. 12, abaixo comentado.

84. A relação de credores

É contra essa relação de credores, ou, mais precisamente, contra créditos relacionados (ou, ainda, contra a eventual omissão de outros tantos créditos), que versarão as impugnações de que cuida o art. 8.º e que se processam de acordo com os arts. 13 a 15. A partir desse momento (art. 8.º), cessa a atividade puramente administrativa do procedimento de verificação de créditos, para então iniciar-se sua fase contenciosa, que

⁹⁸ Cf. VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falência*, v. 2, p. 83.

⁹⁹ Cf. CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*, 2. ed., v. 8, Livro V, n. 762, p. 128.

se encerra por sentença (art. 15), consolidando-se o Quadro-Geral de Credores, a ser homologado pelo juiz (art. 18).

A publicação da relação de credores deve indicar onde e como os interessados terão acesso à documentação que serviu de base à elaboração da peça. Tal documentação, como se infere do *caput* do preceito, compreende os livros e documentos contábeis, não se cingindo a eles, no entanto. Tudo o que interessar aos créditos contra o devedor deve ser tornado disponível àqueles que demonstrarem legítimo interesse. A Lei não especifica quem pode ter acesso a esses documentos, se apenas os credores relacionados, se outras partes. Em princípio, o credor não relacionado deve ter acesso à documentação, bastando-lhe provar a qualidade de credor, ainda que minimamente. Cabe ao administrador judicial decidir o que for de direito, sob esse aspecto, ressalvando-se ao prejudicado o direito de arguir suas razões em juízo (art. 8.º).

De toda maneira, o tratamento a todos os interessados deve ser igualitário, sem preferências ou privilégios de qualquer espécie. O prazo, diz a Lei, é comum, o que significa que todas as partes devem ser atendidas da mesma forma, qualquer que seja o valor ou a classificação de seu crédito.

Identicamente, não prevê a Lei qual a providência cabível para obter outros documentos e informações julgados necessários por qualquer interessado, e não colocados à disposição como de direito. A matéria pode ser objeto de impugnação, nos termos do art. 8.º ou de qualquer outro meio processual adequado, inclusive de caráter cautelar.

Art. 8.º No prazo de 10 (dez) dias, contado da publicação da relação referida no art. 7.º, § 2.º, desta Lei, o Comitê, qualquer credor, o devedor ou seus sócios ou o Ministério Público podem apresentar ao juiz impugnação contra a relação de credores, apontando a ausência de qualquer crédito ou manifestando-se contra a legitimidade, importância ou classificação de crédito relacionado.

Parágrafo único. Autuada em separado, a impugnação será processada nos termos dos arts. 13 a 15 desta Lei.

JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO

85. Contra a relação de credores

A Lei vigente dispõe expressamente sobre impugnação contra a relação de credores e não mais, como a revogada o fazia, sobre impugnação contra as declarações de crédito. Por menos que se dê valor a essa alteração vocabular, é de se ter em mente que, em determinados casos, é a própria relação de credores que pode ser atacada quando resulte de procedimento irregular, em que as formalidades da Lei não tenham sido atendidas. Dito de outro modo, cabe a qualquer legitimado o direito de se insurgir contra a relação de credores mesmo sem pretender se opor a um crédito especificamente determinado. O direito à impugnação deve ser amplo, admitindo-se seja deduzido para além dos estritos limites do art. 8.º (ausência de crédito, legitimidade, importância ou classificação de crédito relacionado).

86. Fundamentos da impugnação: caráter taxativo ou não?

Com efeito, não parece razoável, e tampouco decorre de qualquer preceito de ordem pública, restringir-se a possível fundamentação das impugnações de que ora se trata

apenas às hipóteses capituladas no art. 8.º. O que se requer, nesse particular, é amplificar, e não reduzir, os motivos de contestação válida de créditos relacionados. Da mesma forma, a interpretação desses motivos legais deve ser ampla, para que interesses legítimos não fiquem sem tutela. Assim, por exemplo, devem ser francamente admitidos aqueles motivos que o Código Civil vigente (art. 956),¹⁰⁰ à semelhança do anterior (art. 1.555), erigiu à condição de razões invocáveis entre os credores (ou no concurso de credores, na Lei civil revogada): preferência, nulidade, simulação, fraude, ou falsidade das dívidas e contratos. Nesse sentido, a anterior Lei de Falências optara por melhor solução, ao não enumerar taxativamente os fundamentos da impugnação.

87. Ausência de qualquer crédito

A expressão deve ser entendida no sentido de inexistência de crédito relacionado, vale dizer, na falta (ausência) de qualquer registro do pretendido crédito na relação. A hipótese não se confunde com a classificação do crédito: se o credor pretende, para seu crédito, classificação diversa daquela constante da relação, o fundamento da impugnação será outro. Se o crédito se acha arrolado sob a titularidade de outro credor, será indiferente que seja impugnado por ausência em nome de quem se diz titular ou por falta de legitimidade do outro titular.

88. Legitimidade, importância ou classificação de créditos

Essa tríplice enumeração de razões para a impugnação já constava, nos mesmos termos, da Lei anterior (art. 87).

No sistema da Lei, a legitimidade não se restringe, conceitualmente, à validade. Podem ser contestados créditos constituídos por título jurídico válido, mas ineficaz, por qualquer razão, demonstrando-se que não se encontra apto a produzir efeitos perante terceiros. O argumento aplica-se tanto à legitimidade do crédito quanto à sua classificação, conforme o caso. No que diz respeito a créditos eivados de nulidade, é fora de dúvida que pode excluí-los o juiz, independentemente de impugnação de qualquer interessado. Assim como, de acordo com a nova redação do § 5.º do art. 219, do CPC,¹⁰¹ pode decretar a prescrição *ex officio*. Entram na abrangência da legitimidade as arguições relativas à simulação, fraude ou nulidade. Característico exemplo dessa espécie é a simulação de emissão de duplicatas (simulação fraudulenta), que pode ser atacada por meio de impugnação, para o fim de excluir o alegado crédito. Mas, na lição de Miranda Valverde, os terceiros, portadores de boa-fé, estão, como na letra de câmbio ou na nota promissória, ao abrigo da impugnação dos credores concorrentes.¹⁰² A fraude, normalmente objeto de ação revocatória, de acordo com os arts. 129 e 130 da nova Lei de Falências, pode ser suscitada pela via da impugnação. Parece claro, porém, na generalidade dos casos, que a ação revocatória permite de forma mais ampla o exercício do direito de tornar ineficaz o ato praticado em fraude contra credores.

¹⁰⁰ Art. 956: “A discussão entre os credores pode versar quer sobre a preferência entre eles disputada, quer sobre a nulidade, simulação, fraude, ou falsidade das dívidas e contratos.”

¹⁰¹ Art. 219, § 5.º: “O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.”

¹⁰² Cf. VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 2, p. 94.

89. Quem pode impugnar

Podem oferecer impugnação os credores, individualmente, bem como o Comitê de Credores, o devedor ou seus sócios ou o Ministério Público. A alternativa sugerida pela conjunção “ou”, no teor do art. 8.º, não tem razão de ser, pois determinado crédito pode sofrer mais de uma impugnação, por iniciativa de interessados pertencentes a mais de uma classe, dentre aquelas referidas pelo dispositivo legal. A Lei confirma essa possibilidade ao prescrever, no art. 13, parágrafo único, que terão uma só autuação as diversas impugnações versando sobre o mesmo crédito. Não há, também, qualquer ordem necessária na enumeração: o credor pode impugnar crédito, agindo individualmente, sem que deva preceder qualquer ação ou manifestação do Comitê, que vem arrolado em primeiro lugar no preceito em questão.

Prevedo o art. 8.º a impugnação “contra a relação de credores”, é de se admitir que qualquer credor possa deduzi-la contra qualquer crédito relacionado, pois o interesse a ser satisfeito não é exclusivamente individual, mas sim concursal, ou seja, diz respeito à formação do passivo do devedor como um todo. Pressupõe-se que a finalidade declaratória da verificação de créditos opere exatamente no interesse comum, razão pela qual, aliás, qualquer das partes pode opor-se a qualquer impugnação, alegando e provando o que for de direito. Não obstante o art. 11 da nova Lei de Falências dispor no sentido de que podem contestar a impugnação os credores cujos créditos foram impugnados, deve prevalecer o entendimento ampliativo: qualquer interessado (desde que prove o seu interesse) pode contestar a impugnação no prazo de cinco dias, juntando os documentos que tiver e indicando outras provas que repute necessárias.

O Comitê, disciplinado nos arts. 26 e seguintes, deve, na falência, manifestar-se nas hipóteses previstas na Lei (art. 27, I, f). De sua competência, fixada no art. 26, não consta a impugnação da relação de credores, mas a letra do art. 8.º lhe confere expressamente essa prerrogativa. Não há, pois, dever legal de impugnação, que incumba ao Comitê, que não é representante dos credores, não podendo agir em seu nome. Mas pode ele contestar créditos declarados, exercendo, nesse caso, simples faculdade. Confirma-se, pois, que a impugnação, por parte do credor, individualmente, é livre e incondicional, não dependendo do Comitê. Por outro lado, há de se reconhecer ao agente fiduciário das emissões de debêntures a legitimação para impugnar créditos relacionados. O agente fiduciário tem, no entanto, poderes restritos ao mútuo debenturístico, pois a Lei de Sociedades Anônimas o declara representante da comunhão dos debenturistas *perante a companhia emissora*.¹⁰³ Em caso de inadimplemento da companhia, faculta-se ao agente fiduciário representar os debenturistas em processos de falência, intervenção ou liquidação extrajudicial da companhia emissora, salvo deliberação em contrário da assembléia de debenturistas, cabendo-lhe ainda a prerrogativa de tomar qualquer providência necessária para que os debenturistas realizem os seus créditos.¹⁰⁴ Perante

¹⁰³ Cf. art. 68, *caput*, da Lei 6.404/1976, aqui simplesmente referida como Lei de Sociedades Anônimas: “O agente fiduciário representa, nos termos desta lei e da escritura de emissão, a comunhão dos debenturistas perante a companhia emissora.”

¹⁰⁴ Cf. art. 68, § 3.º, alíneas *d* e *e* da Lei de Sociedades Anônimas: “O agente fiduciário pode usar de qualquer ação para proteger direitos ou defender interesses dos debenturistas, sendo-lhe especialmente facultado, no caso de inadimplemento da companhia: (...) *d*) representar os debenturistas

outras sociedades, o agente fiduciário não age necessariamente, *ex lege*, em nome da comunhão de debenturistas.

Refere-se o art. 8.º *ao devedor ou seus sócios*, expressão que pode sugerir a mútua exclusão entre um e outros, do direito de impugnar. Na verdade, descontada essa impropriedade verbal, tanto o devedor quanto seus sócios, independentemente, podem contestar créditos relacionados. O direito dos sócios é autônomo em relação ao direito do devedor-sociedade e pode ser exercido de forma livre, haja ou não o devedor-sociedade exercido o seu. Note-se que todos os sócios acham-se legitimados a isso, tanto aqueles solidariamente responsáveis pelas obrigações sociais,¹⁰⁵ quanto os acionistas de sociedades anônimas¹⁰⁶ ou sócios de sociedades limitadas.¹⁰⁷ Observe-se, também, que podem impugnar créditos quaisquer sócios, mesmo não investidos de poderes de gerência da sociedade devedora.

Reportamo-nos, aqui, ao comentário ao art. 7.º, onde fizemos alusão à legitimação do devedor para impugnar créditos, ora consignada expressamente pelo art. 8.º, que vem a ser importante inovação da Lei, dirimindo qualquer controvérsia que ainda pudesse subsistir com base no direito anterior, em que o falido se limitava a produzir informação sobre os créditos declarados. Muito embora a informação contrária ao crédito pudesse ter o mesmo feito de impugnação, é inegável que a redação do art. 8.º, explicitando a legitimação do devedor, encerra qualquer polêmica, dando-lhe oportunidade, desde logo, de se opor às pretensões creditórias formuladas.

Não é fácil atinar com as razões que terão levado o legislador a incluir o *Ministério Público* entre os legitimados a impugnar créditos. Não obstante todo o procedimento concursal, tanto o da falência, quanto o da recuperação judicial, apresentar inegável interesse público, não parece ser função do Ministério Público a de contestar em juízo créditos de natureza privada. Seja como for, porém, a disposição legal em questão veio a acolher tal orientação. Importante ressaltar, aliás, que, incluído o Ministério Público no art. 8.º, terá ele acesso aos documentos e informações a que se refere o § 2.º do art. 7.º, por força da expressa remissão aí procedida.

90. Procedimento

De acordo com o parágrafo único do art. 8.º, autuada em separado, a impugnação será processada nos termos dos arts. 13 a 15 desta Lei, que serão adiante comentados. A referência legal, no entanto, deveria incluir os arts. 11 e 12, também analisados mais abaixo, os quais regulam o procedimento da impugnação, no que se refere à sua contestação e às manifestações do devedor, do Comitê e do administrador judicial. Cabe notar, como evidente defeito de técnica legislativa, a localização do art. 8.º, que trata da impugnação, antes dos preceitos legais referentes às habilitações de créditos, arts. 9.º e 10. Dessa forma, a questão das impugnações, que tem sua sede no art. 8.º, se faz objeto dos arts. 11 a 13.

em processos de falência, concordata, intervenção ou liquidação extrajudicial da companhia emissora, salvo deliberação em contrário da assembléia dos debenturistas; e) tomar qualquer providência necessária para que os debenturistas realizem seus créditos.”

¹⁰⁵ Como os da sociedade em nome coletivo, art. 1.039 do Código Civil.

¹⁰⁶ Cf. art. 1.º da Lei de Sociedades Anônimas.

¹⁰⁷ Cf. art. 1.052 do Código Civil.

Art. 9.º A habilitação de crédito realizada pelo credor nos termos do art. 7.º, § 1.º, desta Lei deverá conter:

I – o nome, o endereço do credor e o endereço em que receberá comunicação de qualquer ato do processo;

II – o valor do crédito, atualizado até a data da decretação da falência ou do pedido de recuperação judicial, sua origem e classificação;

III – os documentos comprobatórios do crédito e a indicação das demais provas a serem produzidas;

IV – a indicação da garantia prestada pelo devedor, se houver, e o respectivo instrumento;

V – a especificação do objeto da garantia que estiver na posse do credor.

Parágrafo único. Os títulos e documentos que legitimam os créditos deverão ser exibidos no original ou por cópias autenticadas se estiverem juntados em outro processo.

JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO

Trata o dispositivo das habilitações de crédito, declarações que consubstanciam as pretensões dos credores por créditos anteriores à data da decretação da falência ou da recuperação judicial. Tais pretensões referem-se à participação de cada credor no procedimento concursal, nas condições que lhes permite o título jurídico de seu respectivo crédito. Assim, a Lei estabelece diversas condições de ordem formal, às quais se subordina o reconhecimento de seu eventual direito e que bem se podem chamar de condições de admissibilidade dos créditos declarados. Assim, crédito habilitado significa crédito admitido no concurso e, como tal, suscetível de ser satisfeito, na proporção e nos termos que vierem a ser estabelecidos ao cabo do procedimento.

A substância do direito de crédito (art. 9.º, II), deve ser conhecida a partir da declaração de sua *origem*, vale dizer, da identificação de sua causa ou título jurídico, objeto de apuração em caráter contencioso, uma vez que a impugnação do crédito pode dar-se com fundamento em sua *legitimidade* (art. 8.º). A sentença judicial (art. 15) não está adstrita ao que declarar o credor, como origem de seu crédito, haja ou não impugnação dessa mesma origem, mas, inexistindo a respectiva declaração, ou sendo ela imprecisa ou imprópria, caberá ao juiz recusar a admissão da pretensão. Entra nessa hipótese, por exemplo, a duplicata que não corresponde à compra e venda de mercadorias. O importante é que se indique, com clareza, a causa certa da obrigação geradora do crédito, a qual, no dizer de Miranda Valverde, é sua causa eficiente (*causa efficiens*).¹⁰⁸

Também no tocante à *classificação* do crédito, que deve ser indicada na habilitação (art. 9.º, II), a Lei defere expressamente ao juiz a possibilidade de determinar o que resultar de sua apreciação do pleito, constituindo igualmente a questão da classificação uma das possibilidades de impugnação (art. 8.º). A omissão, na habilitação, desse requisito, não prejudica a substância do crédito, ao contrário do que sucede com a omissão da origem, mas o credor pode perder a preferência de que eventualmente se revista seu crédito.

A Lei vigente não reproduziu o dispositivo da anterior, que permitia que diversos créditos do mesmo titular pudessem ser compreendidos numa só declaração, desde que

¹⁰⁸ Cf. VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 2, p.80.

especificasse cada um deles (art. 82, § 2.º da Lei revogada). Nada obsta, no entanto, a que se aplique a mesma regra na vigência da Lei nova. Da mesma forma, e como sempre se entendeu, vários créditos do mesmo titular, ainda que oriundos de títulos diversos ou subordinados à classificação diferente, podem ser habilitados de forma unificada, desde que explicitados, para cada qual, os respectivos fundamentos e atendidos os requisitos de comprovação e documentação, individualizadamente. Cada distinto crédito, dentre os vários de cada credor, será apreciado em separado, de tal sorte que a solução a ser dada a um deles não aproveita nem prejudica os demais. Os requisitos do art. 9.º, portanto, devem ser cumpridos em relação a cada crédito isoladamente, ainda que reunidos todos em única declaração.

Se concorrem vários credores com base em um único título de obrigação, existe um só crédito, mas cada credor tem a faculdade de se habilitar pela parte que lhe toca. É o que ocorre nas obrigações divisíveis, que se presumem divididas em tantas obrigações, iguais e distintas, quantos forem os credores (art. 257 do CC).¹⁰⁹ No caso da comunhão de debenturistas, a respectiva representação se dá pelo agente fiduciário, salvo decisão em contrário da assembleia de debenturistas, nos termos do art. 68, § 3.º, *d*, da Lei de Sociedades Anônimas. Não se contesta o caráter unitário do mútuo debenturístico, de sorte que os titulares de debêntures são credores ligados entre si pelo vínculo comum de uma só obrigação; como já se escreveu, as debêntures apresentam-se, no direito brasileiro, como modalidade especial de mútuo, caracterizada pela divisão da importância mutuada em frações atribuídas a diversos titulares.¹¹⁰

Quanto ao *valor* do crédito, prescreve a Lei sua atualização até a data da decretação da falência ou da recuperação judicial. No caso de falência, cessa a fluência de juros, nos termos do art. 124 da nova Lei de Falências: “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”. Excetuam-se dessa regra os juros das debêntures e dos créditos com garantia real, mas por eles responde, exclusivamente, o produto dos bens que constituem a garantia (art. 124, parágrafo único). Assim, a atualização a que se refere o art. 9.º, II, estará naturalmente contida a partir da data da decretação da falência, segundo a previsão do art. 124 e sob a condição ali mencionada. O valor declarado é suscetível de impugnação e somente será definido, a final, por sentença (art. 15, II).

A moeda que expressa o valor habilitado é, e só pode ser, sempre a moeda corrente no Brasil, por seu valor nominal, conforme deixa claro o art. 315 do Código Civil. Quando, no entanto, houver obrigação em moeda estrangeira, nas hipóteses permitidas pela Lei especial (Dec.-lei 857/1969 e Lei 10.192/2001), deverá ser feita a respectiva conversão pela taxa de câmbio em vigor na data da decretação da falência, fixando-se assim o valor resultante, para todos os efeitos legais.

Ao contrário do que sucede na recuperação extrajudicial, a que nos referimos no parágrafo seguinte, a Lei não dispôs expressamente sobre o curso da variação cambial decorrente de obrigações vinculadas à moeda estrangeira durante o processamento da

¹⁰⁹ Art. 257: “Havendo mais de um devedor ou mais de um credor em obrigação divisível, esta presume-se dividida em tantas obrigações, iguais e distintas, quantos os credores ou devedores.”

¹¹⁰ Cf. TEIXEIRA, Egberto Lacerda e GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*, v. 1, p. 346.

falência nem da recuperação judicial. É certo, porém, que, no tocante à falência, o art. 124 implica na fixação do passivo do falido à data da decretação, de tal sorte que seria impossível admitir a variação após esse momento. A mesma regra, em princípio, aplica-se à recuperação judicial, salvo se o plano de recuperação vier a ser aprovado, nos termos do art. 58, com o reconhecimento expresso da fluência da variação cambial.

A título comparativo, impõe-se notar o que ocorre com a recuperação extrajudicial. No caso de recuperação extrajudicial, a Lei dispõe que o crédito em moeda estrangeira será convertido para moeda nacional pelo câmbio da véspera da data de assinatura do plano (art. 163, § 3.º, I), mas essa conversão vale, apenas, para o fim exclusivo de verificar a aplicação da proporção de três quintos dos créditos de cada espécie, que é condição para a homologação do plano. Diz mais o § 5.º do mesmo art. 163 que, nos créditos em moeda estrangeira, a variação cambial só poderá ser afastada se o credor titular do respectivo crédito aprovar expressamente previsão diversa no plano de recuperação extrajudicial.

Art. 10. Não observado o prazo estipulado no art. 7º, § 1º, desta Lei, as habilitações de crédito serão recebidas como retardatárias.

§ 1º Na recuperação judicial, os titulares de créditos retardatários, excetuados os titulares de créditos derivados da relação de trabalho, não terão direito a voto nas deliberações da assembleia-geral de credores.

§ 2º Aplica-se o disposto no § 1º deste artigo ao processo de falência, salvo se, na data da realização da assembleia-geral, já houver sido homologado o quadro-geral de credores contendo o crédito retardatário.

§ 3º Na falência, os créditos retardatários perderão o direito a rateios eventualmente realizados e ficarão sujeitos ao pagamento de custas, não se computando os acessórios compreendidos entre o término do prazo e a data do pedido de habilitação.

§ 4º Na hipótese prevista no § 3º deste artigo, o credor poderá requerer a reserva de valor para satisfação de seu crédito.

§ 5º As habilitações de crédito retardatárias, se apresentadas antes da homologação do quadro-geral de credores, serão recebidas como impugnação e processadas na forma dos arts. 13 a 15 desta Lei.

§ 6º Após a homologação do quadro-geral de credores, aqueles que não habilitaram seu crédito poderão, observado, no que couber, o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil, requerer ao juízo da falência ou da recuperação judicial a retificação do quadro-geral para inclusão do respectivo crédito.

JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO

Trata o dispositivo das habilitações retardatárias, como tais entendidas aquelas apresentadas além do prazo de quinze dias, previsto no § 1.º do art. 7.º, que não é pre-remptório nem preclusivo, já que o excesso desse prazo legal não implica extinção do crédito, nem, tampouco, comprometimento de suas garantias, preferências ou privilégios. Duas são as conseqüências da habilitação retardatária de créditos: na recuperação judicial, a inabilitação ao voto nas deliberações da Assembleia Geral de Credores (§ 1.º), e, na falência, perda do direito a rateios eventualmente realizados (§ 3.º). Além das restrições da Lei, os créditos habilitados a destempo não se sujeitam a qualquer outro prejuízo de natureza material e deverão ser apreciados pelo juiz como qualquer outro crédito, desde que habilitados antes da homologação do Quadro-Geral de Credores (§ 5.º). Nesse

caso, serão processados pelo mesmo rito das impugnações (arts. 13 a 15). Mesmo após a homologação do Quadro-Geral de Credores, tais créditos ainda merecem tutela: os titulares respectivos poderão requerer ao juízo da falência ou da recuperação judicial a retificação do quadro geral, para o efeito de neles fazerem incluir os créditos (§ 6.º). O procedimento, no entanto, será, nesse caso, aquele ordinário, previsto no Código de Processo Civil (art. 282 e ss.).

Art. 11. Os credores cujos créditos forem impugnados serão intimados para contestar a impugnação, no prazo de 5 (cinco) dias, juntando os documentos que tiverem e indicando outras provas que repute necessárias.

JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO

A contestação da impugnação, a que se refere o artigo, equivale a uma réplica do credor titular do crédito em vias de habilitação e deve se limitar a rebater as objeções formuladas pelo impugnante. Observado esse limite, tanto as objeções fundadas em pressupostos processuais, quanto aquelas outras, baseadas na substância do direito de crédito, podem ser objeto de contestação, que, portanto, não se limita ao rebate de preliminares argüidas contra a declaração. Pelo teor literal da Lei, apenas os credores cujos créditos foram impugnados podem contestar a impugnação; diversa, foi a orientação da recente lei portuguesa, segundo a qual, em princípio, pode responder a qualquer das impugnações, além do administrador da insolvência, qualquer interessado que assumira posição contrária e, ainda, o próprio devedor (art. 131, 1, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, de 2003, alterado nesse ponto em 18 de agosto de 2004). Em determinadas hipóteses, nessa lei, só o próprio titular do crédito pode apresentar resposta à impugnação.¹¹¹

O prazo de cinco dias é único e vale para a hipótese em que mais de uma impugnação tenha sido oferecida ao crédito declarado. Deve o ofício efetuar a intimação de uma só vez, compreendendo todas as impugnações. Justifica-se essa diligência em face do disposto no parágrafo único do art. 13, segundo o qual terão uma só autuação as diversas impugnações versando sobre o mesmo crédito.

Na oportunidade da réplica, faculta a Lei a juntada de documentos e a indicação de outras provas que o contestante repute necessárias. Já no inc. III do art. 9.º exige-se do declarante a juntada dos documentos comprobatórios do crédito e a indicação das demais provas a serem produzidas, de sorte que se deve entender que os documentos e provas aludidas no art. 11 sejam efetivamente complementares, destinadas a sustentar as razões da contestação ou réplica, reforçando a legitimidade, o valor ou a classificação do crédito. Não deve, porém, haver rigor quanto à pertinência dos documentos e provas, diante dos argumentos pontuais e específicos da impugnação: basta que tais documentos e provas digam respeito ao crédito e sirvam para consubs-

¹¹¹ Art. 131, 2, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, de 2003: “Se, porém, a impugnação se fundar na indevida inclusão de certo crédito na lista de credores reconhecidos, na omissão da indicação das condições a que se encontre sujeito ou no *facto* de lhe ter sido atribuído um montante excessivo ou uma qualificação de grau superior à *correcta*, só o próprio titular pode responder”.

tanciá-lo, para que devam ser admitidas pelo juízo. A Lei não autoriza o entendimento restritivo em contrário.

Art. 12. Transcorrido o prazo do art. 11 desta Lei, o devedor e o Comitê, se houver, serão intimados pelo juiz para se manifestar sobre ela no prazo comum de 5 (cinco) dias.

Parágrafo único. Findo o prazo a que se refere o *caput* deste artigo, o administrador judicial será intimado pelo juiz para emitir parecer no prazo de 5 (cinco) dias, devendo juntar à sua manifestação o laudo elaborado pelo profissional ou empresa especializada, se for o caso, e todas as informações existentes nos livros fiscais e demais documentos do devedor acerca do crédito, constante ou não da relação de credores, objeto da impugnação.

JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO

A Lei determina que se manifestem o devedor e o Comitê, se houver, sobre toda a matéria argüida até o momento, tanto por via das habilitações de crédito, quanto por via das impugnações, compreendendo, naturalmente as contestações às impugnações. É de notar a deficiência redacional do preceito, que contém um pronome (“ela”) não referido expressamente a qualquer das peças (habilitações, impugnações, contestações), sendo claro, no entanto, que a manifestação ordenada deve versar sobre os créditos apresentados e discutidos, em todos os seus elementos, litigiosos ou não. Suscita-se dúvida, diante da redação do *caput* do art. 12, sobre o cabimento das manifestações ali previstas em relação a créditos não impugnados. O dispositivo não autoriza expressamente essas manifestações, em tal hipótese, mas tem aplicação, por outro lado, e de forma coerente com o *caput*, o parágrafo único, que trata do parecer do administrador judicial sobre todos os créditos, constantes ou não da relação de credores, mas que tenham sido objeto de impugnação. Pode o devedor (e, da mesma forma, o Comitê) manifestar-se sobre o que foi objeto de contencioso, nessa fase processual, igualmente, sobre a parte não impugnada de determinado crédito objeto de impugnação. Por exemplo, a legitimidade de determinado crédito pode ser objeto da manifestação de que se trata, mesmo que as impugnações respectivas tenham se limitado a se opor à sua classificação.

É de rigor a intimação do Comitê, segundo o art. 12, ainda que este haja declarado ou impugnado créditos. É da competência legal do Comitê manifestar-se nas hipóteses previstas na Lei (art. 27, I, *f*). Nesse caso, é dever legal do Comitê manifestar-se, nos termos do art. 12. O mesmo ocorre na lei portuguesa com a equivalente Comissão de Credores, à qual incumbe dar parecer sobre as impugnações.¹¹²

Vencido o prazo comum de cinco dias, determina-se a intimação do administrador judicial para emitir parecer, também no prazo de cinco dias. Como dito anteriormente, é facultado ao administrador judicial contratar profissional ou empresa especializada para o fim de oferecer laudo sobre as questões em discussão. Mas, em qualquer caso, obriga-se o administrador judicial a prestar todas as informações referidas no dispositivo legal.

¹¹² Art. 135 do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas: “Dentro dos 10 (dez) dias posteriores ao termo do prazo das respostas às impugnações, deve a comissão de credores juntar aos autos o seu parecer sobre as impugnações”.

Art. 13. A impugnação será dirigida ao juiz por meio de petição, instruída com os documentos que tiver o impugnante, o qual indicará as provas consideradas necessárias.

Parágrafo único. Cada impugnação será autuada em separado, com os documentos a ela relativos, mas terão uma só autuação as diversas impugnações versando sobre o mesmo crédito.

JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO

Com a impugnação, instaura-se o contencioso no procedimento de verificação de créditos. Os fundamentos da impugnação acham-se enumerados no art. 8.º, já comentado. O art. 13, aludindo à indicação de provas, não impede, evidentemente, que quaisquer documentos sejam anexados, desde logo, à petição, o que se confirma pelo teor do inc. II do art. 15, segundo o qual o juiz julgará as impugnações que entender suficientemente esclarecidas pelas alegações e provas apresentadas pelas partes. No inc. IV do mesmo art. 15, prevê-se a determinação, pelo juiz, de provas a serem produzidas, caso não haja ainda firmado seu convencimento, com a designação de audiência de instrução, se necessário. Se, com a impugnação, forem apresentados documentos que dispensem a produção de provas em audiência, a critério do magistrado, poderá a impugnação ser julgada desde logo, nos termos da Lei.

O parágrafo único, a que já nos referimos ao longo destes comentários, estabelece a concentração, em uma só autuação, das várias impugnações versando sobre o mesmo crédito. Não poderia ser diferente, em nome da praticidade e funcionalidade do procedimento. Devem ser reunidas todas as impugnações, não importando seu diverso fundamento – legitimidade, valor ou classificação do crédito impugnado. Sendo várias as relações litigiosas, subordinam-se, no entanto, a uma única sentença, que decidirá as condições em que o crédito atacado figurará (ou não) no Quadro-Geral de Credores.

Art. 14. Caso não haja impugnações, o juiz homologará, como quadro-geral de credores, a relação dos credores constante do edital de que trata o art. 7º, § 2º, desta Lei, dispensada a publicação de que trata o art. 18 desta Lei.

JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO

O pressuposto do dispositivo é a prevalência da relação de credores preparada pelo devedor e já do conhecimento geral, tendo em vista sua anterior publicação por edital, ordenada pelo administrador judicial (art. 7.º, § 2.º da Lei vigente). Não tendo havido impugnação alguma, presume-se aceita essa mesma relação de credores, o que permitirá sua imediata homologação pelo juiz, convertendo-se a relação em Quadro-Geral de Credores e dispensada nova publicação.

Veja-se, a esse respeito, o comentário ao art. 15, abaixo, onde se assinala que somente serão objeto de julgamento por sentença os créditos impugnados, não possuindo o juiz poderes para julgar *ex officio* os créditos não impugnados.

Art. 15. Transcorridos os prazos previstos nos arts. 11 e 12 desta Lei, os autos de impugnação serão conclusos ao juiz, que:

I – determinará a inclusão no quadro-geral de credores das habilitações de créditos não impugnadas, no valor constante da relação referida no § 2º do art. 7º desta Lei;

II – julgará as impugnações que entender suficientemente esclarecidas pelas alegações e provas apresentadas pelas partes, mencionando, de cada crédito, o valor e a classificação;

III – fixará, em cada uma das restantes impugnações, os aspectos controvertidos e decidirá as questões processuais pendentes;

IV – determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO

Tendo havido impugnação, aplica-se o disposto no art. 15, ou seja, caberá ao juiz decidir de sua procedência ou improcedência, julgando a impugnação, como deixa claro o inc. II, se entender que esta se encontra suficientemente esclarecida pelas alegações e provas apresentadas pelas partes. Nesse caso, será mencionado, de cada crédito, o valor e a classificação. Além das impugnações assim julgadas, o juiz determinará a inclusão, no Quadro-Geral de Credores, das habilitações de crédito não impugnadas, no valor constante da relação publicada por edital, tal como ordenada pelo administrador judicial (inc. I).

Com relação às impugnações que não puderem ser julgadas, por não estarem suficientemente esclarecidas, nos termos do inc. II, a sentença, além de decidir as questões processuais pendentes, fixará os aspectos controvertidos (inc. III) e determinará as provas a serem produzidas (inc. IV). Nesse caso, abre-se, portanto, dilação probatória com a finalidade de permitir às partes demonstrar seu direito quanto aos aspectos controvertidos do crédito impugnado, tais como fixados pelo juiz. Uma vez produzidas as provas, poderá o juiz decidir.

Faculta a Lei a designação de audiência de instrução e julgamento, se necessário. A Lei anterior a denominava de audiência de verificação de crédito (art. 92, II, *a*). Não é obrigatória a realização de referida audiência, que somente será designada, como diz a Lei, “se necessário” (inc. IV, *in fine*). Parece claro, à vista do preceito legal, que as provas poderão ser simplesmente documentais, não sendo imprescindível, em princípio, a audiência. Não havendo provas a serem produzidas em audiência, não há por que designá-la.¹¹³

Seja como for, realizando-se ou não dita audiência, e havendo ou não impugnações, a sentença julga todos os créditos, o que levou Miranda Valverde, sob o império da Lei anterior, a afirmar que se trata de sentença definitiva, devendo observar os requisitos para elas prescritos no direito comum, revestindo-se da autoridade de coisa julgada.¹¹⁴ Trata-se de sentença de natureza declaratória.

Não há dúvida, igualmente, quanto ao poder, que tem o juiz, de julgar créditos para lhes alterar o valor ou a classificação, ou para excluí-los, segundo seu convencimento e à

¹¹³ PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata*, p. 454: “Vê-se, claro, que só há razão para a designação e realização de audiência, que é de instrução e julgamento, se houver provas a serem produzidas. Se não houver, elemento algum novo virá esclarecer o juiz no julgamento. Logo, seria ela inócua. Fazer audiência só para ouvir a repetição das razões das partes, geralmente se reportando às suas petições anteriores, parece não só desnecessário como prejudicial à boa marcha do processo, que cumpre ao juiz dirigir.”

¹¹⁴ Cf. VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 2, p.101-103.

luz das provas produzidas durante todo o procedimento. Cabe-lhe, ainda, a possibilidade de excluir ou reduzir o valor de crédito não impugnado? A questão se justifica porquanto, na Lei revogada, afirmava-se que o juiz deveria *julgar os créditos não impugnados* (art. 92, I), ao passo que, na Lei ora em vigor, atribui-se ao magistrado, tão só, determinar a inclusão, no Quadro-Geral de Credores, das habilitações de crédito não impugnadas, no valor constante da relação referida no § 2.º do art. 7.º. Entendia Carvalho de Mendonça, a esse respeito, no direito precedente ao anterior, que o juiz deveria rejeitar a declaração de crédito quando reconhecesse que não se achasse em termos rigorosamente legais, ainda que não tivesse sido impugnado o crédito.¹¹⁵ Deve-se esclarecer, nitidamente, que a rejeição da declaração ou habilitação de crédito pode ocorrer *in limine*, ou mesmo a final, quando desatenda às prescrições do art. 9.º, o que evidentemente não se confunde com o julgamento por sentença de crédito não contestado. Somente neste último caso, que diz com a substância do direito, é que não tem o juiz poderes para atuar *ex officio*, segundo o teor literal da Lei nova, ao determinar que julgadas sejam apenas as impugnações. Está em discussão, pois, a legitimidade de apreciação de créditos *ex officio*, que a nova redação do dispositivo tornou problemática, contrariando a solução das leis precedentes. À vista do teor literal do preceito comentado, será difícil sustentar a admissibilidade de pronunciamento judicial que venha a modificar crédito não impugnado e sobre o qual nenhuma das partes haja se manifestado contrariamente. No sistema atual, julgadas são as impugnações, nos termos do inc. II. O entendimento se confirma à vista da leitura do art. 18 e seu parágrafo único, que permitem distinguir entre créditos não impugnados e créditos impugnados, para atribuir apenas a estes últimos a decisão judicial, ao passo que os primeiros serão transpostos para o Quadro-Geral de Credores pelo valor da relação a que se refere o art. 7.º, § 2.º. E mais – consoante o art. 14, caso não haja impugnações, o juiz homologará, como Quadro-Geral de Credores, a relação dos credores constantes do edital de que trata o art. 7.º, § 2.º, sendo dispensada, nesse caso, a publicação de que trata o art. 18.

Art. 16. O juiz determinará, para fins de rateio, a reserva de valor para satisfação do crédito impugnado.

Parágrafo único. Sendo parcial, a impugnação não impedirá o pagamento da parte incontroversa.

JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO

Julgada a impugnação e acolhidos os seus fundamentos, o crédito não se legitima a figurar no Quadro-Geral de Credores, não estando, em consequência, admitido ao concurso. Enquanto não julgada a impugnação, no entanto, e pendente de solução o crédito impugnado, a Lei ordena a reserva de valor para sua oportuna liquidação, se rejeitada vier a ser a impugnação por decisão final. Preserva-se, assim, a possibilidade de o crédito impugnado participar dos rateios, embora a sua satisfação possa ocorrer

¹¹⁵ Cf. CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*, 2. ed., v. 8, Livro V, n. 778: “Não se trata, como é evidente, de um crédito contestado ou impugnado, mas é dever do juiz velar pelo exato e fiel cumprimento da lei, afastando as declarações que contrariem os termos desta”.

a posteriori. Claro está que essa reserva de valor constitui cautela destinada exclusivamente a garantir a participação do crédito no rateio que venha a ser feito e que pode ser mais de um, não representando garantia de que o valor integral do crédito possa ser pago. A Lei é clara, a esse respeito, ao dizer que a reserva de valor será determinada única e exclusivamente para fins de rateio. Apenas a parcela do crédito que receber impugnação será objeto da reserva, pois, como dispõe o parágrafo único, quando parcial for a impugnação, poderá ser paga a parte incontroversa.

A reserva de valor, de que trata o art. 16, deve ser ordenada pelo juiz, mesmo na hipótese de a impugnação versar exclusivamente sobre a classificação do crédito. Se vem a ser julgada improcedente a impugnação, nesse caso, deverão ser asseguradas ao credor as preferências ou vantagens de sua categoria. Não o diz expressamente a Lei, mas, a toda evidência, tal garantia decorre do próprio princípio que embasa o dispositivo legal, que assegura os direitos do credor, titular de crédito impugnado, enquanto se ache pendente de decisão final a impugnação.

Art. 17. Da decisão judicial sobre a impugnação caberá agravo.

Parágrafo único. Recebido o agravo, o relator poderá conceder efeito suspensivo à decisão que reconhece o crédito ou determinar a inscrição ou modificação do seu valor ou classificação no quadro-geral de credores, para fins de exercício de direito de voto em assembléia-geral.

JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO

A Lei nova substituiu a apelação sem efeito suspensivo, que a Lei antiga reservava à sentença de verificação (art. 97), pelo agravo, com a clara finalidade de permitir maior rapidez e funcionalidade ao procedimento concursal.

Trata-se de recurso disciplinado nos arts. 522 e seguintes do Código de Processo Civil, sendo que, na hipótese, o agravo será de instrumento, dirigido diretamente ao tribunal competente (art. 524 do mesmo Código). O agravo de instrumento não obsta ao andamento do processo (art. 497 do CPC).

Recebido o agravo de instrumento no tribunal, o relator pode, conforme o Código de Processo Civil, atribuir-lhe efeito suspensivo (art. 527, III). A Lei de Falências, no entanto, direciona essa faculdade apenas ao fim de conceder efeito suspensivo à decisão que reconhece o crédito. Alternativamente, o relator poderá determinar a modificação ou inscrição de seu valor no Quadro-Geral de Credores, mas tão-somente para o fim de habilitar o credor ao direito de voto na Assembléia Geral de Credores. Essas duas possibilidades, consignadas no parágrafo único deste art. 17, decorrem da especialidade da legislação concursal. O parágrafo único do art. 17, portanto, considera-se norma especial, em confronto com o inc. III do art. 527 do Código de Processo Civil. Afora essa peculiaridade, no entanto, a disciplina do agravo será aquela da Lei processual.

Art. 18. O administrador judicial será responsável pela consolidação do Quadro-Geral de Credores, a ser homologado pelo juiz, com base na relação dos credores a que se refere o art. 7º, § 2º, desta Lei e nas decisões proferidas nas impugnações oferecidas.

Parágrafo único. O Quadro-Geral, assinado pelo juiz e pelo administrador judicial, mencionará a importância e a classificação de cada crédito na data do requerimento da recuperação judicial ou da decretação da falência, será juntado aos autos e publicado no órgão oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, contado da data da sentença que houver julgado as impugnações.

JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO

O Quadro-Geral de Credores será preparado (ou consolidado, na linguagem da Lei) pelo administrador judicial e homologado pelo juiz. É dever legal do administrador judicial, nos termos do art. 22, I, f, consolidar o Quadro-Geral de Credores. A base respectiva será a relação de credores, a que se refere o art. 7.º, § 2.º. As habilitações de crédito não impugnadas nele serão reproduzidas pelo valor que já possuíam, nos termos do inc. I do art. 15. Quanto às impugnadas, terão o valor ou a classificação ajustada de acordo com a sentença proferida, de acordo com o mesmo art. 15. Assim, valor e classificação de cada crédito constarão do Quadro-Geral de Credores, com a identificação dos credores. Tanto o valor quanto a classificação dos créditos admitidos serão aqueles verificados à data do requerimento da recuperação judicial ou da decretação da falência. No prazo de cinco dias, contado da sentença a que se refere o art. 15, o Quadro-Geral de Credores será juntado aos autos e publicado.

No regime da Lei anterior, a publicação do Quadro -Geral de Credores era o *dies a quo* do prazo de quinze dias para a interposição do recurso de apelação, sem efeito suspensivo, que cabia da sentença de verificação de créditos (art. 97, § 1.º). Na Lei atual, da sentença sobre as impugnações cabe agravo, nos termos do art. 17, regendo-se seu processamento pelas normas do Código de Processo Civil.

Art. 19. O administrador judicial, o Comitê, qualquer credor ou o representante do Ministério Público poderá, até o encerramento da recuperação judicial ou da falência, observado, no que couber, o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil, pedir a exclusão, outra classificação ou a retificação de qualquer crédito, nos casos de descoberta de falsidade, dolo, simulação, fraude, erro essencial ou, ainda, documentos ignorados na época do julgamento do crédito ou da inclusão no Quadro-Geral de Credores.

§ 1º A ação prevista neste artigo será proposta exclusivamente perante o juízo da recuperação judicial ou da falência ou, nas hipóteses previstas no art. 6º, §§ 1º e 2º, desta Lei, perante o juízo que tenha originariamente reconhecido o crédito.

§ 2º Proposta a ação de que trata este artigo, o pagamento ao titular do crédito por ela atingido somente poderá ser realizado mediante a prestação de caução no mesmo valor do crédito questionado.

JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO

Trata-se de ação de finalidade rescisória, tendo por objeto créditos admitidos ao concurso, vale dizer, incluídos no Quadro-Geral de Credores, homologado pelo juiz. Os motivos que podem ensejar a ação são necessariamente contemporâneos ou anteriores à formação do Quadro-Geral de Credores, muito embora sua revelação somente se dê *a posteriori*, com a descoberta de vícios (falsidade, dolo, simulação, fraude, erro essencial)

ou de documentos ignorados à época do julgamento do crédito ou da impugnação, ou de sua inclusão no Quadro-Geral de Credores. Não são admitidas outras bases para a ação de que trata este artigo, como, por exemplo, possíveis irregularidades ocorridas após a homologação do Quadro-Geral de Credores ou documentos gerados após esse momento – para essas hipóteses podem caber outros procedimentos corretivos, inclusive recursais, mas certamente não a ação de rescisão. A exemplo do que ocorria na Lei anterior (art. 99), essa ação não admite outros motivos, além dos taxativamente enumerados.¹¹⁶

É necessário estabelecer a vinculação entre os vícios argüidos e o reconhecimento do crédito. No tocante à descoberta posterior de documentos falsos, para que justificada seja a propositura, será preciso que se trate efetivamente de documentos que tenham sido decisivos para a admissão do crédito.

O prazo de ajuizamento é de decadência – até o encerramento da falência ou da recuperação judicial. Os legitimados são apenas os discriminados no art. 19: o administrador judicial, o Comitê, qualquer credor ou o Ministério Público. Não poderá intentar a ação o devedor, não incluído no rol deste art. 19.

Com a propositura da ação, o titular do crédito somente poderá receber o valor do crédito se prestar caução pelo valor correspondente. Tem-se, aqui, inovação da Lei vigente, perante o direito anterior, embora, na prática, já se defendesse que os valores a pagar ao titular do crédito deveriam ser depositados em juízo, para efeito de garantia. A prestação da caução, no mesmo foro, seguirá as regras do Código de Processo Civil (arts. 826 e ss.). A Lei não determina que a caução seja prestada em dinheiro, aplicando-se à hipótese, no caso, o art. 827 da Lei processual.¹¹⁷

Parece fora de dúvida que, uma vez ajuizada a rescisória, possa o juiz determinar que o titular do crédito restitua, à conta da administração da falência ou recuperação judicial, os valores que porventura já tenha recebido, em rateios efetuados.

É de lembrar, por fim, que o art. 175 da nova Lei de Falências tipifica como crime a habilitação ilegal de crédito: apresentar, em falência, recuperação judicial ou extrajudicial, relação de créditos, habilitação de créditos ou reclamação falsas, ou juntar a elas título falso ou simulado.

Art. 20. *As habilitações dos credores particulares do sócio ilimitadamente responsável processar-se-ão de acordo com as disposições desta Seção.*

JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO

O dispositivo não se aplica nem aos credores particulares de sócios de sociedades limitadas nem aos de acionistas de sociedades anônimas. A extensão da falência aos sócios somente se dá no caso das sociedades em nome coletivo (art. 1.039 do CC), aos sócios comanditados das sociedades em comandita simples (art. 1.045 do CC) e ao

¹¹⁶ Cf. VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 2, p. 111.

¹¹⁷ Art. 827 do CPC: “Quando a lei não determinar a espécie de caução, esta poderá ser prestada mediante depósito em dinheiro, papéis de crédito, títulos da União ou dos Estados, pedras e metais preciosos, hipoteca, penhor e fiança”.

acionista-diretor em comandita por ações (art. 1.091 do CC). Tais sociedades, já extremamente raras ou praticamente inexistentes antes da vigência do Código Civil de 2002, foram, entretanto, mantidas no ordenamento pelo referido Código, podendo dedicar-se a atividades empresariais, sujeitando-se, assim, aos procedimentos da falência ou recuperação judicial, com a responsabilização patrimonial de seus sócios pelas obrigações sociais, de forma ilimitada e solidária. No caso da sociedade em comandita simples, essa responsabilização é apenas do sócio comanditado, já que os sócios comanditários se obrigam unicamente pelo valor de sua quota. Diverso é o caso da falência pessoal do sócio. Sendo ele comanditário ou quotista, serão apurados e arrecadados os haveres que tiver na sociedade, nos termos do art. 123 desta Lei.

Seção III

Do administrador judicial e do Comitê de Credores

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

91. Considerações iniciais

Depois de mais de uma década de tramitação no Congresso Nacional, esperava-se que a Lei 11.101/2005 fosse um diploma legislativo modelo, elaborado dentro das mais perfeitas normas de técnica legislativa e organizada segundo um projeto sistemático e harmônico. Infelizmente nada disto aconteceu, dando-se justamente o contrário. Como se sabe, o projeto econômico da referida Lei teve, entre outros objetivos, o de aumentar a segurança dos agentes do mercado nas operações empresariais, do que deveria resultar, em tese, entre outros efeitos, a redução da taxa de juros nas operações bancárias de crédito. Mas, como já disse alguém, “de boas intenções o inferno está cheio”, e toda a estrutura econômica imaginada para resolver problemas antigos do Dec.-lei 7.661/1945 foi levada abaixo pela enxurrada legislativa que desorganizou os institutos da nova Lei e os misturou totalmente, tal como se faria com as peças de um imenso quebra-cabeças que fosse colocado nas mãos de um chimpanzé.

Uma vez que a Lei está promulgada, resta aos operadores do direito conviverem com o seu texto, procurando interpretá-lo adequadamente e fazer a sua aplicação de maneira a que se procure alcançar os objetivos propostos e que foram guindados a tarefas que talvez ela não possa realizar.

O tema da recuperação da empresa como alternativa preferencial à falência não é novo no direito brasileiro. Entre outros, Jorge Lobo dele já falava em 1996, lembrando da função social da empresa.¹¹⁸

A viga mestra da recuperação da empresa (extrajudicial e judicial), colocada no lugar dos dois modelos da concordata, dependerá de um esforço hercúleo para efetivar-se como pretendido, a ser desenvolvido por diversos atores que desempenharão o seu papel sobre um palco movediço e escorregadio. Esses personagens precisarão trabalhar em harmonia para aquela finalidade, o que se torna muito árduo, considerando a existência de diversos interesses relevantes que se chocam entre si durante todo o processo, repelindo-se uns aos outros, tal como ocorre com os pólos iguais de ímãs diferentes.

Para dar certo, o *jogo da recuperação* precisará contar com ampla margem de colaboração dos jogadores que, no regime anterior, sempre se portaram de forma amplamente antagônica. Existe a necessidade de uma *mudança cultural* nas cabeças das partes envolvidas. Não lhes bastará *dormir com o inimigo*, mas será necessário, fundamentalmente, trabalhar em conjunto com o inimigo de forma harmônica e evitar, de outro lado, o *fogo amigo*.

¹¹⁸ LOBO, Jorge. *Direito concursal*, p. 19-20.

Tendo em conta a recuperação da empresa, o resultado não poderá ser de *soma zero*, ou seja, sem perdas e ganhos. A busca deverá estar voltada para um alvo positivo, concernente à efetiva reinserção da empresa no mercado, sob o antigo comando ou com uma nova direção, dando-se, no passar do tempo, a reposição das perdas dos credores que colaboraram com tal processo.

Também na falência, a preservação da empresa deve ser intentada pelas partes, separando aquela do empresário. Busca-se salvar a empresa (a *atividade organizada*, ou o negócio), penalizando-se o empresário ineficiente ou fraudulento, reconhecendo-se, como fez Asquini, a diferença conceitual entre uma e outro. Se a empresa não puder ser salva, ainda assim os mecanismos para otimização da venda dos bens da sociedade falida deverão servir para minorar o prejuízo dos credores, de forma mais aceitável do que ocorria anteriormente. Neste caso, o papel dos credores na defesa dos seus interesses também se revela fundamental.

Neste contexto, dois importantes centros de interesse e de competências da nova Lei residem na pessoa do administrador judicial e no Comitê de Credores.

Embora a Lei 11.101/2005 haja reservado para esses dois *órgãos* uma seção específica, correspondente aos arts. 21 a 34, pela falta de sistematização e de organização do texto, a eles se faz referência em diversos outros dispositivos, que se correlacionam em mútua dependência, do que resulta a necessidade de uma reconstrução sistemática, que não poderá ser feita satisfatoriamente dentro dos limites destes comentários, em vista da própria estrutura que se adotou para a sua elaboração, como seja, a análise de artigo por artigo. São tantas as normas sobre os dois temas em questão espalhadas ao longo da nova Lei, que não calha enumerá-las agora. Serão chamadas para dar o seu testemunho no devido tempo, se este for o caso.

Consideremos tratar-se o atual de uma fase preparatória que, tal como o primeiro herói da passagem do Cabo das Tormentas, irá abrir o caminho de uma Boa Esperança para futuros navegadores. Quem viver, verá, se o vir...

Art. 21. O administrador judicial será profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada.

Parágrafo único. Se o administrador judicial nomeado for pessoa jurídica, declarar-se-á, no termo de que trata o art. 33 desta Lei, o nome de profissional responsável pela condução do processo de falência ou de recuperação judicial, que não poderá ser substituído sem autorização do juiz.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Na Lei anterior, a administração da falência incumbia ao síndico, enquanto ao comissário cabia levar adiante as tarefas de supervisão do devedor, tendo em vista o cumprimento das obrigações que nesta última havia assumido. Estes dois papéis ficaram agora sob a responsabilidade do administrador judicial, conforme o caso, para pagar os credores com as forças da massa ou para recuperá-la (na recuperação judicial) dentro do plano posto em andamento. Observe-se, no entanto, que o administrador judicial não opera na recuperação extrajudicial, que se erigiu como uma verdadeira *concordata*, ou seja, um efetivo acordo entre o devedor e seus credores (arts. 161 a 167 da Lei nova).

Síndico ou administrador judicial, o nome é o que menos importa. Verdadeiramente essencial é verificar qual a natureza jurídica deste personagem, como se desdobra a sua competência e quais as suas responsabilidades.

Miranda Valverde fez um profundo estudo no direito comparado a respeito da questão vertente quanto ao síndico no direito anterior, que se resumia em dois tipos de teorias a respeito, a da representação e a do ofício ou da função judiciária. A primeira foi afastada porque, segundo aquele autor, resumidamente, na falência não existe personalidade e nem representação: o síndico não representava nem o devedor, nem a massa de credores, nem a massa falida. O síndico, na verdade, segundo a visão de Miranda Valverde, ocupava a função de agente auxiliar da justiça, exercendo-a a bem do interesse público e para a realização da finalidade do processo da falência.¹¹⁹ O interesse público atual da recuperação encontra-se muito mais acentuado do que na Lei anterior.

Veja-se que, antes de ser um processo de interesse restrito da comunidade de credores, a falência se apresentava e continua se apresentando na nova Lei como um instituto de interesse fundamentalmente público, em vista das repercussões malélicas para a economia como um todo, geradas pela quebra de empresas.

Nas concordatas o comissário também estava classificado como um órgão da concordata¹²⁰ entre os agentes auxiliares da justiça, diferindo do síndico tão-somente pelo fato de que este era um administrador de patrimônio alheio, enquanto o primeiro exercia o papel de fiscal da administração realizada pelo devedor no curso do processo correspondente.¹²¹

O administrador judicial pode ser qualquer pessoa, cabendo ao juiz nomeá-lo (art. 52, I), estando para tal objetivo tão-somente obrigado a obedecer à preferência determinada pela Lei. Mas, preferência em que termos? Estará subordinado o juiz a somente deixar de escolher alguém de uma das profissões mencionadas no artigo em pauta se não houver nenhum deles na comarca? Somente neste caso teria condições de escolher uma empresa especializada? Parece que não.

A preferência de que fala a Lei corresponde tão-somente a uma diretriz orientadora. O legislador, à luz das incumbências complexas de que se reveste a administração de uma falência e da recuperação judicial, houve por bem aconselhar o magistrado a escolher alguém pertencente a uma das profissões ligadas aos institutos ali tratados. O juiz pode, ainda, optar desde o início por uma empresa especializada em tal tipo de atividade, ou seja, apta a dar conta de um processo de recuperação ou de venda de ativos e de pagamento do passivo, com o melhor proveito para a massa falida, no último caso.

Mas, se o juiz tem a liberdade mencionada, sabe ele que um advogado especializado em direito de família; um economista acostumado a tratar tão-somente de complexas questões orçamentárias; um administrador de empresas que cuide de uma galeria de arte; ou um contador que somente faça imposto de renda da pessoa física, todos eles estarão mal preparados para cuidar da recuperação de uma empresa ou do andamento de uma falência, sendo preferível fazer recair a escolha sobre outras pessoas providas de um nível razoável de conhecimentos e de bom senso.

¹¹⁹ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 1, p. 439-448. Vide também neste sentido REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*, v. 1, p. 250.

¹²⁰ Cf. LOBO, Jorge. *Direito concursal*, p. 119.

¹²¹ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 2, p. 327-328. No mesmo sentido, vide REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*, v. 2, p. 107.

Em última análise, o magistrado encarregado do caso será o último responsável pela escolha de um bom administrador judicial, a partir das necessidades que forem apresentadas em cada caso concreto.

Como se verifica, a nova Lei permite que o administrador judicial venha a ser uma *pessoa jurídica especializada*.

Em um mundo negocial cada vez mais complexo, torna-se difícil encontrar um profissional que reúna senão todas, ao menos uma boa parte das qualidades necessárias para enfrentar as dificuldades de uma falência e, agora, de uma recuperação judicial, que serão tanto mais extensas e árduas, quanto o porte e o tipo de negócio da empresa submetida a um daqueles regimes. Desta maneira, abre-se o espaço para a utilização de sociedades que venham a organizar-se justamente para criar as necessárias condições voltadas para a recuperação de uma empresa viável, ou para otimizar o processo de falência a bem dos credores. Tal sociedade contará em seus quadros com profissionais representantes das múltiplas funções cuja utilização em tais processos revele-se necessária (advogados, economistas, administradores de empresas, contadores, auditores, engenheiros, arquitetos etc.).

Não sem razão, portanto, que no direito brasileiro deve ser reformulada a proibição da existência, em uma mesma sociedade, de profissionais liberais de formação diversa, de maneira a poderem constituir uma sociedade apta a dar conta de tarefas tão variadas e de elevado nível de especialidade.

Escolhida pelo juiz uma pessoa jurídica com tal tipo de objeto social, ela deverá indicar um dos seus profissionais para ser o responsável pelo processo (de falência ou de recuperação judicial, conforme o caso), que não poderá ser substituído pela primeira sem que para tal finalidade dê o juiz a necessária autorização. Estabelece-se, desta forma, o princípio da *identidade física* da pessoa responsável pela condução das funções legalmente previstas, impedindo os prejuízos que certamente surgiram por freqüentes mudanças das pessoas naturais encarregadas do exercício daquelas.

Considerando que o dispositivo legal em apreço não estabelece como critério que o *profissional responsável* seja sócio ou administrador da pessoa jurídica designada administrador judicial (diretor ou membro do seu Conselho de Administração), isto implica em dizer que ele poderá ser um empregado ou um profissional liberal, como tal contratado para prestar os serviços correspondentes à outra parte na relação jurídica em causa.

Para efeito de contraste, a nova Lei revela-se mais flexível do que a anterior, que fazia a escolha do síndico da falência e do comissário da concordata passar necessariamente pela nomeação sucessiva de três entre os maiores credores, antes que o juiz tivesse liberdade para fazer a escolha em pessoa de sua confiança. Esta, o *síndico dativo*, deveria ser preferencialmente comerciante. A prática, no entanto, deixou de observar esta sistemática.

Art. 22. Ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe:

I – na recuperação judicial e na falência:

a) enviar correspondência aos credores constantes na relação de que trata o inciso III do *caput* do art. 51, o inciso III do *caput* do art. 99 ou o inciso II do *caput* do art. 105 desta Lei, comunicando a data do pedido de recuperação judicial ou da decretação da falência, a natureza, o valor e a classificação dada ao crédito;

b) fornecer, com presteza, todas as informações pedidas pelos credores interessados;

- c) dar extratos dos livros do devedor, que merecerão fé de ofício, a fim de servirem de fundamento nas habilitações e impugnações de créditos;
 - d) exigir dos credores, do devedor ou seus administradores quaisquer informações;
 - e) elaborar a relação de credores de que trata o § 2º do art. 7º desta Lei;
 - f) consolidar o quadro-geral de credores nos termos do art. 18 desta Lei;
 - g) requerer ao juiz convocação da assembléia-geral de credores nos casos previstos nesta Lei ou quando entender necessária sua ouvida para a tomada de decisões;
 - h) contratar, mediante autorização judicial, profissionais ou empresas especializadas para, quando necessário, auxiliá-lo no exercício de suas funções;
 - i) manifestar-se nos casos previstos nesta Lei;
- II – na recuperação judicial:
- a) fiscalizar as atividades do devedor e o cumprimento do plano de recuperação judicial;
 - b) requerer a falência no caso de descumprimento de obrigação assumida no plano de recuperação;
 - c) apresentar ao juiz, para juntada aos autos, relatório mensal das atividades do devedor;
 - d) apresentar o relatório sobre a execução do plano de recuperação, de que trata o inciso III do *caput* do art. 63 desta Lei;
- III – na falência:
- a) avisar, pelo órgão oficial, o lugar e hora em que, diariamente, os credores terão à sua disposição os livros e documentos do falido;
 - b) examinar a escrituração do devedor;
 - c) relacionar os processos e assumir a representação judicial da massa falida;
 - d) receber e abrir a correspondência dirigida ao devedor, entregando a ele o que não for assunto de interesse da massa;
 - e) apresentar, no prazo de 40 (quarenta) dias, contado da assinatura do termo de compromisso, prorrogável por igual período, relatório sobre as causas e circunstâncias que conduziram à situação de falência, no qual apontará a responsabilidade civil e penal dos envolvidos, observado o disposto no art. 186 desta Lei;
 - f) arrecadar os bens e documentos do devedor e elaborar o auto de arrecadação, nos termos dos arts. 108 e 110 desta Lei;
 - g) avaliar os bens arrecadados;
 - h) contratar avaliadores, de preferência oficiais, mediante autorização judicial, para a avaliação dos bens caso entenda não ter condições técnicas para a tarefa;
 - i) praticar os atos necessários à realização do ativo e ao pagamento dos credores;
 - j) requerer ao juiz a venda antecipada de bens perecíveis, deterioráveis ou sujeitos a considerável desvalorização ou de conservação arriscada ou dispendiosa, nos termos do art. 113 desta Lei;
 - l) praticar todos os atos conservatórios de direitos e ações, diligenciar a cobrança de dívidas e dar a respectiva quitação;
 - m) remir, em benefício da massa e mediante autorização judicial, bens apenhadados, penhorados ou legalmente retidos;
 - n) representar a massa falida em juízo, contratando, se necessário, advogado, cujos honorários serão previamente ajustados e aprovados pelo Comitê de Credores;
 - o) requerer todas as medidas e diligências que forem necessárias para o cumprimento desta Lei, a proteção da massa ou a eficiência da administração;
 - p) apresentar ao juiz para juntada aos autos, até o 10º (décimo) dia do mês seguinte ao vencido, conta demonstrativa da administração, que especifique com clareza a receita e a despesa;

q) entregar ao seu substituto todos os bens e documentos da massa em seu poder, sob pena de responsabilidade;

r) prestar contas ao final do processo, quando for substituído, destituído ou renunciar ao cargo.

§ 1º As remunerações dos auxiliares do administrador judicial serão fixadas pelo juiz, que considerará a complexidade dos trabalhos a serem executados e os valores praticados no mercado para o desempenho de atividades semelhantes.

§ 2º Na hipótese da alínea *d* do inciso I do *caput* deste artigo, se houver recusa, o juiz, a requerimento do administrador judicial, intimará aquelas pessoas para que compareçam à sede do juízo, sob pena de desobediência, oportunidade em que as interrogará na presença do administrador judicial, tomando seus depoimentos por escrito.

§ 3º Na falência, o administrador judicial não poderá, sem autorização judicial, após ouvidos o Comitê e o devedor no prazo comum de 2 (dois) dias, transigir sobre obrigações e direitos da massa falida e conceder abatimento de dívidas, ainda que sejam consideradas de difícil recebimento.

§ 4º Se o relatório de que trata a alínea *e* do inciso III do *caput* deste artigo apontar responsabilidade penal de qualquer dos envolvidos, o Ministério Público será intimado para tomar conhecimento de seu teor.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

A atuação do administrador judicial fica subordinada à permanente fiscalização do juiz, tal como acontecia com as pessoas do síndico e do comissário no direito anterior. Além disto, também sofre a fiscalização do Comitê de Credores, como novidade do novo regime, sobre o qual caberá discorrer na análise a ser feita dos arts. 26 a 34, adiante.

92. Inciso I – Na recuperação judicial e na falência

92.1 Correspondência aos credores

As relações de credores de que cuida o dispositivo em apreço correspondem, respectivamente, (i) àquela juntada à petição inicial do pedido de processamento da recuperação judicial; (ii) à relação cuja apresentação é determinada pelo juiz quando da decretação da falência; e (iii) à do requerimento da autofalência.

As correspondências em causa têm a finalidade de dar conhecimento aos credores do pedido de recuperação judicial ou da falência decretada ou requerida pelo devedor, a fim de que venham a tomar as medidas necessárias à defesa dos seus interesses.

92.2 Fornecimento de informação

As informações determinadas pela Lei se circunscrevem tão-somente ao rol dos credores interessados. Aqueles que, porventura, nada possam reclamar na recuperação da empresa ou da massa falida não deverão ser atendidos pelo administrador judicial.

Essa prestação deve corresponder a um período mínimo de tempo não determinado na Lei, mas que seja efetivamente útil ao credor para que possa utilizar-se das informações em causa.

De outro lado, entende-se que se trata de informações pertinentes aos interesses em jogo, devendo deixar de ser atendidos pedidos eventualmente despropositados e abusivos, feitos por qualquer credor.

92.3 *Extratos de livros*

Como se sabe, na mesma linha do direito anterior, o atual Código Civil estabeleceu uma série extensa de obrigações a serem cumpridas no desenvolvimento da atividade empresarial, relacionadas com o plano da regularidade, condição essencial para o exercício dos benefícios que a legislação estabelece em favor dos empresários e das sociedades empresárias. Para tal finalidade, permanece implícito no regime jurídico ao qual a atividade empresarial está subordinada o mesmo princípio que era encontrado no art. 14.º do Código Comercial brasileiro, mesmo que não repetido expressamente o seu texto pelo atual Código Civil.

No contexto contam-se as seguintes obrigações mercantis: (i) a inscrição obrigatória do empresário ou da sociedade empresária no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins (arts. 967, 984 e 1.150 do CC; e Lei 8.934/1994); (ii) a adoção de um sistema de contabilidade e de livros obrigatórios (arts. 1.180 e 1.185 do CC); e (iii) o levantamento anual do balanço patrimonial e do de resultado econômico (arts. 1.179 e 1.180 do CC).

Ora, os livros do devedor, no caso da alínea sob exame, somente merecerão fé se houverem sido obedecidas as regras sobre a adoção, autenticação e escrituração, de maneira a que não apresentem irregularidades formais e/ou materiais. Desta maneira, os lançamentos neles registrados servirão como prova para os fins relacionados com as habilitações e impugnações de créditos, sob a condição de que não venham a ser desabonados por infringência da lei.

92.4 *Exigir informações*

Trata-se de prerrogativa do administrador judicial na qualidade de mecanismo apto a proporcionar o pleno exercício das funções que a Lei lhe estabeleceu. Deve-se entender, evidentemente, tratar-se de informações relacionadas com os interesses estritos em jogo, devendo ser repelidas as exigências que nada tenham a ver com a recuperação da empresa ou com a falência.

Considerando o interesse geral dos credores e da própria sociedade em relação ao curso de uma falência, a prestação das informações vertentes não corresponde a um simples ato de colaboração, mas se trata de uma obrigação cujo descumprimento gerará, em um primeiro momento, o dever de comparecer a juízo após a intimação. Caso a intimação venha a ser descumprida, o intimado será conduzido para oitiva à força, vindo o juiz fazer valer a sua autoridade para tanto, na forma do § 2.º deste artigo.

Não se trata aqui da aplicação da Súmula 280 do STJ, que se referia ao fato de não haver sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988 a prisão administrativa. A figura em causa é a da desobediência.

92.5 *Elaboração da relação dos credores*

Nos termos do aludido dispositivo – cabendo ao administrador judicial desenvolver os atos relacionados com a habilitação e com a verificação dos créditos da empresa em recuperação, ou da massa falida –, ele deverá publicar um edital, no prazo ali previsto. Este edital conterá a relação de credores que possa ser organizada a partir dos livros contábeis e dos documentos comerciais e fiscais do devedor, a par dos documentos que lhe tiverem sido trazidos pelos credores.

92.6 *Consolidação do Quadro-Geral de Credores*

Publicada a relação de credores referida na alínea anterior e decididas as questões relacionadas às impugnações oferecidas pelos interessados, deverá o administrador judicial consolidar o Quadro-Geral de Credores, que será objeto de homologação judicial.

92.7 *Requisição da convocação da Assembléia Geral de Credores*

Ao longo de toda a Lei, inúmeras disposições se voltam para os atos de competência da Assembléia Geral de Credores, destacando-se especialmente os arts. 35 a 46, cuja convocação é de competência exclusiva do juiz, mediante requerimento do administrador judicial. A fim de evitar mais este ato de natureza *burocrática*, que acarretará a perda de um tempo precioso, melhor teria feito a Lei se houvesse outorgado tal competência ao próprio administrador judicial, comunicando-se o juiz a esse respeito.

92.8 *Contratação de profissionais ou empresas especializadas*

Dada a natureza extensa e complexa com as quais muitas vezes se deparará o administrador judicial, será necessário o concurso de auxiliares. Também neste caso, teria sido de melhor alvitre a dispensa da autorização do juiz, a quem cabe a permanente fiscalização das atividades do administrador judicial. Caso este vier a abusar do seu direito e efetuar contratações desnecessárias, poderá ser destituído com a perda de sua remuneração (art. 24, § 3.º), sujeitando-se, ainda, a indenizar a empresa em recuperação ou a massa falida, pelos prejuízos que tiver causado em virtude de contratações desarrazoadas ou desnecessárias.

A responsabilidade do administrador judicial será determinada pelo juiz no julgamento de suas contas, inclusive sendo permitidos a decretação da indisponibilidade e do seqüestro dos seus bens (art. 154, § 5.º).

92.9 *Manifestação nos casos previstos na Lei*

Entre as diversas incumbências a cargo do administrador judicial, ele será chamado freqüentemente para manifestar-se a respeito de assuntos relacionados com o andamento dos processos de recuperação judicial ou da falência. Entre estes se contam, por exemplo, os casos da impossibilidade de ser alcançada maioria em deliberações do Comitê de Credores (art. 27, § 2.º); resposta na interpelação feita sobre o cumprimento de contratos (art. 117, § 1.º); decisão sobre a forma de alienação do ativo (art. 145, § 3.º) etc.

93. **Inciso II – Na recuperação judicial**

93.1 *Fiscalização das atividades do devedor e do cumprimento do plano de recuperação judicial e requerimento da falência*

Tal como ocorria no regime da antiga concordata, o devedor mantém a administração da empresa durante a recuperação judicial. Neste caso o administrador judicial exercerá funções equivalentes às do comissário da concordata, com as devidas alterações estabelecidas na presente Lei.

A fiscalização das atividades do devedor será, portanto, um dos papéis principais a serem exercidos pelo administrador judicial, de maneira a que efetivamente venha a ser cumprido o plano de recuperação judicial. Este resultado é imprescindível para a consolidação do novo instituto como instrumento apto a substituir a concordata por todos os defeitos de

que sempre foi acusada. E, como se verifica da leitura do § 1.º do art. 61, o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano de recuperação deverá levar a sua convação em falência, medida a ser obrigatoriamente requerida pelo administrador judicial.

No momento oportuno deverá ser abordada a questão da interpretação do aludido art. 61, § 1.º, tendo em conta a sua extrema rigidez, podendo-se pensar em não se determinar a falência de imediato quando tratar-se do descumprimento de obrigações que não venham a ser consideradas absolutamente essenciais ao sucesso do plano de recuperação, as quais estarão contadas como de natureza acessória.

93.2 *Apresentação de relatório mensal das atividades do devedor e relatório sobre a execução do plano de recuperação*

Trata-se de atribuição decorrente do direito de fiscalizar, a qual terá em vista, principalmente, as atividades comissivas ou omissivas gerais do devedor, no primeiro caso, e daquelas especificamente ligadas ao cumprimento do plano de recuperação, no segundo.

A exigência de um relatório mensal a ser apresentado ao juiz em processos de grande porte poderá apresentar o efeito negativo de desviar a atenção do administrador judicial de outras tarefas, podendo tornar mais moroso o seu andamento.¹²²

Estranha-se a utilidade do relatório previsto na alínea *d*, supra, uma vez que ele será apresentado somente após o juiz haver decretado por sentença o encerramento da recuperação judicial, por terem sido cumpridas todas as obrigações nele previstas, conforme disposto no art. 61 da Lei.

A não observância das presentes determinações legais (dentro da periodicidade exigida e em relação ao conteúdo necessário) deverá acarretar a destituição do administrador judicial faltoso.

94. Inciso III – Na falência

94.1 *Aviso aos credores do lugar e hora em que terão à sua disposição os livros e documentos do falido*

Evidentemente, cabendo aos credores o direito de acesso a tais documentos, será necessário estabelecer-se alguma ordem para tal finalidade, sob pena de ficar tumultuada a realização dos trabalhos a cargo do administrador judicial, porque ele mesmo precisará utilizar tais elementos no desempenho de suas funções.

Veja-se que esta prerrogativa deverá estar diariamente ao alcance dos credores.

Seja ressaltado que, na forma do art. 191, não somente deve ser feita a publicação de que se trata na imprensa oficial, como também em jornais ou revistas de circulação regional ou nacional, bem como em quaisquer outros periódicos que circulem em todo o País, desde que a massa falida possa comportar tais despesas e elas sejam de interesse dos credores.

94.2 *Exame da escrituração do devedor*

A partir do exame em causa, o administrador judicial tomará conhecimento da situação do devedor, sob os ângulos patrimonial e financeiro, bem como levantará im-

¹²² Veja-se a este respeito, Perin Junior, Ecio. O administrador e o comitê de credores, p. 184.

portantes elementos para o exercício de sua fiscalização. Conforme se verificou acima, os livros e documentos contábeis do devedor farão prova para todos os efeitos da falência, a favor e contra o devedor. A simples inexistência de alguns ou de todos os livros obrigatórios, e omissões relativas a lançamentos que deveriam ter sido feitos, serão fatos imputados contra o devedor, pela configuração de crimes falimentares, tal como previsto, por exemplo, no art. 168 desta Lei.

94.3 Representação judicial da massa falida

Devendo zelar pelos interesses da massa falida, o administrador judicial deverá defendê-la em todos os processos nos quais for autora ou ré (que deve relacionar), observando as regras que estabelecem o *juízo universal relativo*, conforme previsto nos arts. 76 e 6.º desta Lei.

Em todas as ações anteriores à decretação da falência e que sejam de interesse da massa, a intimação do administrador judicial apresenta-se como obrigatória, sob pena de nulidade do processo (art. 76, parágrafo único).

94.4 Recepção da correspondência dirigida ao devedor

É muito comum que o devedor empresário ou os administradores da sociedade empresária, bem como seus empregados, indiquem os seus respectivos endereços para o fim do envio de correspondências de natureza particular. Nestes casos, o administrador fará a devida triagem, cuidando em não ultrapassar os limites da competência que a Lei lhe outorgou. A correspondência de natureza pessoal, sem interesse para a massa, será entregue ao destinatário.

Na Lei atual, foi dispensada a exigência existente no inc. II do art. 63 da Lei anterior, no sentido de que a abertura da correspondência em tela fosse necessariamente efetuada na presença do próprio devedor ou de pessoa por ele designada.

Veja-se que, no texto acima, o administrador judicial tem poderes para receber e abrir a correspondência *que tenha sido enviada ao devedor*, seja ele empresário, seja sociedade empresária. Desta forma, não cabe receber e abrir correspondências dirigidas a outras pessoas, conforme indicado nos envelopes ou pacotes correspondentes, que tenham sido enviadas para o mesmo endereço daqueles. A não observância deste cuidado poderá acarretar responsabilidades para o administrador judicial no plano da quebra do sigilo de correspondência.

94.5 Apresentação de relatório sobre as causas e circunstâncias que conduziram à situação de falência

Este relatório – de elevada e evidente importância –, corresponde ao primeiro dos *três grandes relatórios* como tais designados pela doutrina no direito anterior (art. 103 do Dec.-lei 7.661/1945) para fins didáticos, quanto à visão da estrutura então vigente.

A situação mais comum encontrada nos relatórios em causa relaciona-se com a prática de crimes falimentares, tributários, contra o Sistema Financeiro Nacional, de *lavagem de dinheiro*, contra o meio ambiente etc. Em tais circunstâncias, a intimação do Ministério Público do teor do relatório preparado pelo administrador judicial permitirá o desenvolvimento de investigações mais completas, para os fins da competente denúncia criminal.

Os outros dois momentos marcantes do processo falimentar corresponderão ao do aviso sobre a alienação de bens (art. 142, § 1.º da nova Lei); e o do relatório final (art. 155, também desta Lei), atos também de responsabilidade do administrador judicial.

Mesmo havendo a presente Lei admitido a possibilidade da prorrogação do prazo inicial para apresentação do relatório vertente para outro período igual (o que daria um total de 80 (oitenta) dias, contados da assinatura do termo de compromisso pelo administrador judicial), pode-se esperar que ele será de obediência impossível no caso de grandes falências, nas quais as informações e documentos a serem processados alcançarão grande volume e complexidade, e espalhados eventualmente por dezenas de estabelecimentos do devedor.

Nos casos acima, não terá o juiz como deixar de conceder prazos excepcionais, a seu critério, uma vez demonstrada a necessidade, neste sentido, pelo administrador judicial. Disto decorrerá uma desnecessária desmoralização do referido prazo, que poderia ter sido evitada pela outorga ao juiz de sua fixação segundo as justificadas necessidades de cada massa, no caso concreto, fixando-se as exigências de celeridade e de economia do processo falimentar, conforme previsto no art. 75, parágrafo único.

Observe-se, a propósito, que foi vetado o art. 4.º desta Lei, segundo o qual: “Art. 4.º O representante do Ministério Público intervirá nos processos de recuperação judicial e de falência. Parágrafo único. Além das disposições previstas nesta Lei, o representante do Ministério Público intervirá em toda ação proposta pela massa falida ou contra esta.”

Ora, na medida em que a Lei estabelece competência de atuação do Ministério Público tanto na recuperação judicial, quanto na falência em diversos pontos, ao menos o *caput* do art. 4.º continua substancialmente em vigor. Tão-somente ficou afastada de forma direta a intervenção obrigatória daquele órgão nos processos de falência.¹²³ Disto resulta concluir, mais uma vez, pela falta de sistematização dos institutos da Lei em causa.

94.6 *Arrecadação dos bens e documentos do devedor; avaliação dos bens arrecadados; contratação de avaliadores*

Os bens integrantes da massa falida servirão para pagar os credores, como se sabe. Daí a necessidade de sua arrecadação. A matéria será objeto de estudo mais aprofundado quando da análise dos arts. 108 e seguintes, onde se fala pormenorizadamente da arrecadação, da custódia e da avaliação dos bens do devedor.

Deve ser destacado que a contratação de avaliadores deverá ser feita sempre em relação a bens que não tenham preço conhecido no mercado, diferentemente do que acontece com veículos, por exemplo, cuja cotação é realizada por diversos órgãos da imprensa. Com esta providência, o administrador judicial estará dando plena transparência à forma como foi fixado o valor do ativo da massa falida e livra-se de eventuais problemas de responsabilidade.

Deverão ser escolhidos, de preferência, avaliadores oficiais, quando os houver, e sempre mediante autorização do juiz.

¹²³ A respeito do importante papel desempenhado pelo Ministério Público no direito comparado, nos processos de recuperação de empresas e de falências, vide MOREIRA, Alberto Camiña. Poderes da assembléia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público, p. 266 e ss.

94.7 *Realização do ativo e pagamento dos credores*

Vender o ativo e pagar os credores da massa falida são tarefas que representam precisamente o objetivo do instituto da falência, a cargo do administrador judicial. Como novidade desta Lei, encontra-se o enfoque primordial da preservação da empresa, do que decorre a adoção de mecanismos que não estavam presentes no sistema anterior, como se verá no seu tempo.

Os temas em pauta são objeto dos arts. 139 a 153 desta Lei, a serem oportunamente examinados.

94.8 *Requerimento da venda antecipada de bens perecíveis, deterioráveis ou sujeitos a considerável desvalorização ou de conservação arriscada ou dispendiosa*

O princípio fundamental regedor das funções do administrador judicial, em relação aos bens da massa falida, corresponde à otimização do preço que possam alcançar na sua venda, para melhor atender os credores. As situações previstas nesta alínea levariam à perda integral de determinados bens ou a uma diminuição sensível do proveito para a massa na sua alienação.

Os conceitos de bens perecíveis ou deterioráveis devem ser tomados em um sentido econômico mais amplo. Um rebanho de bois de corte, por exemplo, deve ser abatido para venda da carne em um determinado período de sua vida, a fim que não haja prejuízo correspondente ao aumento desnecessário do preço de sua alimentação e, também, para a qualidade da carne. Segundo se sabe, frangos de corte devem ser abatidos até quarenta e cinco dias de vida, caso contrário, o lucro na sua venda começará imediatamente a decair, até chegar ao prejuízo. Em todos estes casos, bem como naqueles em que produtos hortifrutigranjeiros passam do ponto de consumo, deve ser requerida a sua venda antecipada.

O mesmo se diga em relação à desvalorização rápida que ocorre quanto a aparelhos eletro-eletrônicos, especialmente computadores e suas partes, considerando que os avanços da tecnologia os tornam superados em pequeno espaço de tempo.

A conservação arriscada será aquela que gerará despesas para tal finalidade que não garantirão a preservação do bem. Por sua vez, a conservação dispendiosa proporciona perdas contínuas e importantes para a massa falida, que podem ser evitadas pela pronta venda dos bens nesta situação.

O art. 113 da Lei condiciona a venda de que se trata para um momento posterior à sua arrecadação e avaliação, mediante autorização judicial, ouvidos o Comitê de Credores e o falido, no prazo de 48 (quarenta e oito horas).

Deve-se entender que o administrador judicial não precisará encerrar a avaliação em relação a todos os bens de devedor. Na medida em que for se deparando com bens nas situações acima citadas, deverá tomar as necessárias providências para a sua venda antecipada.

O prazo de 48 (quarenta e oito) horas não deverá jamais ser ultrapassado por tolerância do juiz, ele mesmo condicionado a intimar o Comitê de Credores e o falido com a maior presteza possível.

94.9 *Prática de todos os atos conservatórios de direitos e ações e da cobrança de dívidas*

Suponha-se que a massa falida seja turbada na posse de algum bem. Neste caso o administrador judicial deverá adotar com urgências as medidas jurídicas necessárias à solução do problema. Deverá, por outro lado, substituir processualmente o devedor em todas as ações anteriormente intentadas de interesse da massa, zelando pelo seu bom andamento.

Não poderá o administrador judicial ser complacente com dívidas de terceiros para com a massa, cobrando-as dos devedores mediante a adoção das medidas necessárias. Pagas as dívidas de terceiros perante a massa, o administrador judicial deverá dar aos interessados a correspondente quitação.

94.10 *Remissão de bens apenados, penhorados ou legalmente retidos*

Considerada a existência de bens nas condições acima, o administrador judicial deverá fazer um juízo de valor sobre a conveniência de agir em tal sentido, tendo em vista a sua futura alienação em proveito da massa. Poderá acontecer que o custo das medidas em apreço não seja compensador, fato que deverá ser objeto do devido relatório. Na dúvida, e para afastar responsabilidades, o administrador judicial deverá apresentar a situação ao juiz, que deliberará a respeito. O critério sempre será o do benefício para a massa.

94.11 *Representação da massa falida em juízo*

Como se sabe, exceto em alguns casos excepcionais, como ocorre nas causas sujeitas aos juizados especiais, a representação em juízo é privativa do advogado. Se o administrador judicial não tem esta condição, lhe será necessário contratar os profissionais necessários para a defesa dos interesses da massa em juízo. Mesmo que o administrador judicial seja advogado, não convirá, na maioria dos casos, assumir a acumulação de funções, para que não haja prejuízo no andamento das atividades a seu cargo.

Na nova Lei, conforme se observa, a aprovação dos honorários dos advogados da massa foi deslocada da pessoa do juiz para o Comitê de Credores que, desta forma, assume um papel diretamente relacionado com a defesa dos seus interesses, procurando melhor qualidade a menor preço.

94.12 *Requerimento das medidas necessárias para o cumprimento da Lei, a proteção da massa ou a eficiência da administração*

Trata-se de uma atribuição genérica que seria até mesmo desnecessária, considerando o dever de diligência que reveste a atuação do administrador judicial em todos os seus aspectos, podendo gerar responsabilidade nos planos da ação e da omissão.

94.13 *Apresentação ao juiz de conta demonstrativa da administração*

Trata-se de obrigação que já constava do direito anterior, sem qualquer modificação de fundo. A apresentação desta conta tem por objetivo manter devidamente informados os credores, o falido, o juiz e demais eventuais interessados a respeito do andamento financeiro da falência.

94.14 *Entrega ao substituto de todos os bens e documentos da massa em seu poder*

Tendo sido substituído por algum motivo, o administrador judicial deverá dar as condições ao seu substituto para assumir as funções correspondentes e desempenhá-las com eficiência. A inobservância desta obrigação acarretará a imputação de responsabilidade pelas perdas e danos causados à massa falida.

94.15 *Prestação de contas ao final do processo, quando for substituído, destituído ou renunciar ao cargo*

Considerando que o administrador judicial tem sob seu encargo interesses relevantes de terceiros, a ele caberá prestar as devidas contas de sua administração em qualquer

das circunstâncias acima referidas, sob pena de vir a ser responsabilizado na forma do art. 23, abaixo comentado.

95. Contratação de auxiliares e sua remuneração

Evidentemente, conforme a complexidade e o porte dos processos em curso, os administradores judiciais para eles designados necessitarão compor um quadro de auxiliares de sua confiança de acordo com as necessidades que se apresentarem e dentro das possibilidades da massa falida.

A Lei estabeleceu que a remuneração dos aludidos auxiliares será fixada pelo juiz dentro dos parâmetros de obediência necessária previstos no dispositivo ora comentado, devendo, portanto, ser conjugada a complexidade dos trabalhos e os preços de mercado correspondentes. A referência aos preços de mercado permitirá ao administrador judicial contratar profissionais de elevada qualidade, no interesse dos trabalhos a serem desenvolvidos. Evidentemente, quaisquer tentativas de abuso deverão ser objeto de recusa pelo juiz, o qual deverá rebaixar eventuais pretensões em tal sentido, para os efetivos níveis de mercado em cada caso concreto.

A escolha das pessoas a serem contratadas pela massa incumbe ao administrador judicial, mas o juiz deverá verificar se existe efetiva correspondência entre o perfil do candidato e as necessidades da função a ser exercida.

96. Transação sobre obrigações e direitos da massa falida e abatimento de dívidas

Na falência, o administrador judicial necessitará de autorização do juiz, após ouvidos o Comitê de Credores e o devedor, no prazo comum de 2 (dois) dias, para que possa transigir sobre obrigações e direitos da massa falida, bem como para conceder abatimento de dívidas. Estas condições devem ser observadas mesmo que se trate de créditos da massa considerados de difícil recebimento.

O texto não faz referência expressa, mas deve entender-se que o pedido de autorização feito pelo administrador judicial para uma das finalidades ali previstas deverá ser acompanhado pela justificação que julgar cabível.

De posse do pedido do administrador judicial, o juiz intimará o Comitê de Credores e o devedor para que respondam no exíguo prazo de dois dias (de forma que não haja maiores delongas no andamento do processo correspondente), vindo, em seguida a tomar a sua decisão a respeito.

Art. 23. O administrador judicial que não apresentar, no prazo estabelecido, suas contas ou qualquer dos relatórios previstos nesta Lei será intimado pessoalmente a fazê-lo no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de desobediência.

Parágrafo único. Decorrido o prazo do *caput* deste artigo, o juiz destituirá o administrador judicial e nomeará substituto para elaborar relatórios ou organizar as contas, explicitando as responsabilidades de seu antecessor.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

A Lei procura estimular o cumprimento de obrigações fundamentais por parte do administrador judicial, pelo estabelecimento de penalidades que culminarão com a sua destituição,

na ausência do atendimento de suas determinações por aquele, fato do qual decorrerá a perda da remuneração a que teria direito, conforme determinado no § 3.º do art. 24.

O atraso na elaboração dos relatórios previstos nesta Lei causará grandes prejuízos aos credores, além de contribuir para o esvaziamento do objetivo geral de saneamento do mercado quanto a um empresário ineficiente.

Observe-se que, nos termos do art. 330 do Código Penal, a pena para a desobediência da determinação judicial é de detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa.

Art. 24. O juiz fixará o valor e a forma de pagamento da remuneração do administrador judicial, observados a capacidade de pagamento do devedor, o grau de complexidade do trabalho e os valores praticados no mercado para o desempenho de atividades semelhantes.

§ 1º Em qualquer hipótese, o total pago ao administrador judicial não excederá 5% (cinco por cento) do valor devido aos credores submetidos à recuperação judicial ou do valor de venda dos bens na falência.

§ 2º Será reservado 40% (quarenta por cento) do montante devido ao administrador judicial para pagamento após atendimento do previsto nos arts. 154 e 155 desta Lei.

§ 3º O administrador judicial substituído será remunerado proporcionalmente ao trabalho realizado, salvo se renunciar sem relevante razão ou for destituído de suas funções por desídia, culpa, dolo ou descumprimento das obrigações fixadas nesta Lei, hipóteses em que não terá direito à remuneração.

§ 4º Também não terá direito a remuneração o administrador que tiver suas contas desaprovadas.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

97. § 1.º: o valor e a forma da remuneração do administrador judicial

Há uma flexibilidade para a forma de pagamento da remuneração do administrador judicial, a ser estipulada pelo juiz.

No tocante ao montante da remuneração, a nova Lei quebrou o sistema do direito anterior, que previa limites por faixas de valor, ao lado do critério do cálculo sobre o produto dos bens ou valores da massa (vendidos ou liquidados) e do direito a uma comissão quanto aos bens que constituíam objeto de garantia.

O novo sistema mostra-se mais adequado ao estabelecimento de uma remuneração justa em favor do administrador judicial.

A fim de que os credores – os verdadeiros interessados na solução final de uma falência – não tenham os seus prejuízos agravados ainda mais pelo esvaziamento da empresa em recuperação ou da massa falida por despesas injustificadas, o legislador entendeu bem fixar o presente limite.

Nada impede, a exemplo da Lei anterior, que o juiz estipule o pagamento de uma parcela mensal ao administrador, a título de remuneração, desde que observe os parâmetros estabelecidos neste parágrafo e no que se lhe segue.

98. § 2.º: reserva de montante

Trata-se das atividades divididas em dois momentos: (i) a conclusão da realização de todo o ativo e a distribuição do produto aos credores; e (ii) a apresentação do relatório final pelo administrador judicial, com as suas contas aprovadas.

Diante das situações acima, o juiz deverá fazer o pagamento do saldo reservado pelo legislador, dividindo-o em duas parcelas, em montantes que fixará a seu critério.

99. §§ 3.º e 4.º: remuneração proporcional devida ao administrador substituído e exceções

Como se verifica, o pagamento da remuneração do administrador judicial está vinculado ao cumprimento de suas obrigações e à sua permanência até o final do processo. A renúncia sem justa causa e a desaprovação das contas são fatos que acarretarão a perda total da remuneração. No primeiro caso, a medida surge como um desestímulo a uma aventura para a qual o administrador judicial não se sinta inteiramente afeito, bem como dotado da vontade férrea de levar seu trabalho até o final.

No caso da não aprovação de contas, trata-se de uma penalidade extremamente importante, determinação que o juiz tomará ao verificar a culpa ou o dolo do administrador judicial no tratamento dos aspectos financeiros de sua atividade, até mesmo pelo desvio de valores e de bens em seu proveito pessoal, ou de terceiro com o qual esteja conluiado.

Art. 25. Caberá ao devedor ou à massa falida arcar com as despesas relativas à remuneração do administrador judicial e das pessoas eventualmente contratadas para auxiliá-lo.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Não seria o caso de se agravar ainda mais a situação dos credores pela determinação no sentido de que, tanto na recuperação judicial, quanto na falência, seus créditos viessem a ser afetados de forma ainda mais grave pela determinação de que deveriam responder pelas remunerações citadas neste dispositivo.

Caso o devedor na recuperação judicial não tenha recursos para o pagamento em tela, revela-se a inviabilidade do projeto. Na falência, mostra-se que ela não poderá prosseguir, pois não haverá recursos para o seu custeio.

Verifica-se que, a propósito deste tema, a nova Lei apresenta uma lacuna por não haver adotado regra equivalente à do art. 75 do Dec.-lei 7.661/1945. Naquele texto verifica-se que, não havendo o síndico encontrado, durante a arrecadação, bens suficientes para as despesas do processo, o fato seria levado ao conhecimento do juiz, que o retransmitiria aos credores, para que estes requeressem o que entendessem conveniente aos seus direitos.

Havia a possibilidade do adiantamento por parte dos credores para favorecer a continuação do processo de falência, despesas que seriam consideradas encargos da massa, ou seja, pagáveis à frente de todos os créditos. Na falta de interesse dos credores em tal sentido, seriam vendidos os bens eventualmente arrecadados, apresentando-se o devido relatório ao juiz.

Embora não previsto pela nova Lei, entende-se que não estaria vedado o adiantamento feito por credores, na esperança do ingresso de eventuais recursos para a massa, originados de algum fato superveniente. Mas tal possibilidade revela-se tão improvável no regime da nova Lei quanto o foi no da anterior.

De qualquer maneira, o único resultado possível na situação da inexistência de bens estará no encerramento da falência.

Art. 26. O Comitê de Credores será constituído por deliberação de qualquer das classes de credores na assembléia-geral e terá a seguinte composição:

I – 1 (um) representante indicado pela classe de credores trabalhistas, com 2 (dois) suplentes;

II – 1 (um) representante indicado pela classe de credores com direitos reais de garantia ou privilégios especiais, com 2 (dois) suplentes;

III – 1 (um) representante indicado pela classe de credores quirografários e com privilégios gerais, com 2 (dois) suplentes.

§ 1º A falta de indicação de representante por quaisquer das classes não prejudicará a constituição do Comitê, que poderá funcionar com número inferior ao previsto no *caput* deste artigo.

§ 2º O juiz determinará, mediante requerimento subscrito por credores que representem a maioria dos créditos de uma classe, independentemente da realização de assembléia:

I – a nomeação do representante e dos suplentes da respectiva classe ainda não representada no Comitê; ou

II – a substituição do representante ou dos suplentes da respectiva classe.

§ 3º Caberá aos próprios membros do Comitê indicar, entre eles, quem irá presidi-lo.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

A Lei sob exame institucionalizou este órgão, de existência não obrigatória (vide art. 28), ao qual concedeu diversas funções nos processos de recuperação judicial e de falência. Conforme se verá abaixo, a sua função principal é a de fiscalização do andamento do processo, cabendo-lhe defender os interesses correspondentes.

Para Jairo Saddi, o Comitê de Credores é uma espécie de órgão auxiliar da Assembléia, existindo em razão exclusiva de determinação e deliberação desta.¹²⁴

O Comitê de Credores será constituído por um representante e dois suplentes de cada uma das classes dos: (i) credores trabalhistas; (ii) credores com direitos reais de garantia ou privilégios especiais; e (iii), quirografários e com privilégios gerais. Como se verifica, a Fazenda Pública e os credores subordinados não fazem parte do Comitê de Credores.

A inexistência de um ou de dois representantes não prejudicará o funcionamento do órgão. Em uma situação limite, ele poderá ser constituído tão-somente pelo representante de uma das classes, perdendo, portanto, a sua característica de comitê.

Uma vez deferido o processamento da recuperação judicial, os credores poderão, a qualquer momento, requerer a convocação de Assembléia Geral para a constituição do Comitê de Credores, ou para a substituição dos seus membros (art. 52, § 2.º, da nova Lei).

Por sua vez, ao decretar a falência, o juiz poderá determinar a convocação da Assembléia Geral de Credores, para a constituição do Comitê de Credores ou para a manutenção daquele que eventualmente funcionou durante o processo frustrado de recuperação da empresa (art. 99, XII).

Conforme se verifica, o Comitê de Credores não é órgão essencial de qualquer dos dois processos e também não é necessária a realização de Assembléia para a eleição do representante de uma determinada classe de credores e de seus suplentes. Para esta

¹²⁴ SADDI, Jairo. O comitê e a assembléia de credores na nova lei falimentar, p. 210.

finalidade, bastará apresentar ao juiz um requerimento que represente a maioria dos créditos de uma classe. Esta maioria é pelo valor dos créditos, conforme se verifica claramente da letra da Lei.

Havendo sido eleitos os representantes de pelo menos duas categorias de credores para a formação do Comitê, eles escolherão entre si quem será o seu presidente.

Art. 27. O Comitê de Credores terá as seguintes atribuições, além de outras previstas nesta Lei:

I – na recuperação judicial e na falência:

a) fiscalizar as atividades e examinar as contas do administrador judicial;

b) zelar pelo bom andamento do processo e pelo cumprimento da lei;

c) comunicar ao juiz, caso detecte violação dos direitos ou prejuízo aos interesses dos credores;

d) apurar e emitir parecer sobre quaisquer reclamações dos interessados;

e) requerer ao juiz a convocação da assembléia-geral de credores;

f) manifestar-se nas hipóteses previstas nesta Lei;

II – na recuperação judicial:

a) fiscalizar a administração das atividades do devedor, apresentando, a cada 30 (trinta) dias, relatório de sua situação;

b) fiscalizar a execução do plano de recuperação judicial;

c) submeter à autorização do juiz, quando ocorrer o afastamento do devedor nas hipóteses previstas nesta Lei, a alienação de bens do ativo permanente, a constituição de ônus reais e outras garantias, bem como atos de endividamento necessários à continuação da atividade empresarial durante o período que antecede a aprovação do plano de recuperação judicial.

§ 1º As decisões do Comitê, tomadas por maioria, serão consignadas em livro de atas, rubricado pelo juiz, que ficará à disposição do administrador judicial, dos credores e do devedor.

§ 2º Caso não seja possível a obtenção de maioria em deliberação do Comitê, o impasse será resolvido pelo administrador judicial ou, na incompatibilidade deste, pelo juiz.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

100. Inciso I – Na recuperação judicial e na falência

100.1 Fiscalização das atividades e exame das contas do administrador judicial, o cuidado com o bom andamento do processo e pelo cumprimento da lei e comunicação, ao juiz, da violação de direitos ou de prejuízos para os credores

As três atribuições acima referidas colocam-se no plano do poder de fiscalização do qual é dotado o Comitê de Credores.

100.2 Apuração das reclamações dos interessados

Surgindo alguma reclamação de credor, caberá ao Comitê apurar os fatos e dar um parecer a respeito, que servirá de subsídio para o administrador judicial e para o juiz na solução da questão pendente.

100.3 *Requerimento da convocação da Assembléia-Geral de Credores*

A Lei não outorgou ao Comitê o poder de convocação de Assembléia Geral de Credores. Esta competência permaneceu nas mãos do juiz.

100.4 *Manifestação nas hipóteses previstas na Lei*

Em momentos específicos do processamento da recuperação judicial ou da falência, foi determinado ao Comitê que se manifestasse em relação às matérias correspondentes. Isto se dá, por exemplo, na autorização para o cumprimento dos contratos bilaterais do falido (art. 117, *caput*) ou quanto à forma de alienação do ativo (art. 145, § 3.º).

101. Inciso II – Na recuperação judicial

101.1 *Fiscalização das atividades do devedor e da execução do plano de recuperação judicial*

Trata-se, mais uma vez, de atribuições exercidas no plano do poder de fiscalização. Verifica-se que a atuação do Comitê em tal sentido deve ser exercida de forma permanente, de maneira que possa apresentar o relatório mensal exigido pela Lei, no qual se descreverá o comportamento do devedor no período, bem como o andamento do plano de recuperação.

101.2 *Alienação de bens do ativo permanente, constituição de ônus reais e outras garantias, bem como a realização de atos de endividamento necessários à continuação da atividade empresarial durante o período antecedente à aprovação do plano de recuperação judicial*

De maneira geral, autorizado o processamento da recuperação judicial, o devedor continuará à frente da empresa. Mas a Lei estabelece, no art. 64, hipóteses em que deverá ser afastado, momento em que nasce para o Comitê de Credores, se em funcionamento, a competência prevista nesta alínea, que deve ser submetida à prévia autorização do juiz. A solução adotada pelo legislador tem em vista a necessidade de se dar continuidade ao plano de recuperação da empresa com o objetivo de salvá-la, dentro da linha adotada pela nova Lei.

101.3 § 1.º: *Decisões do Comitê de Credores, tomadas por maioria, serão consignadas em livro de atas, rubricado pelo juízo, que ficará à disposição do administrador judicial, dos credores e do devedor*

Para finalidade de prova e de fiscalização das atividades do Comitê de Credores, a Lei estabeleceu, como exigências formais, que suas decisões serão tomadas por maioria e consignadas em livro de atas apropriado, colocado à disposição do administrador judicial e do próprio devedor.

101.4 § 2.º: *Impasses no Comitê de Credores*

Apesar de poder ser formado o Comitê de Credores por representantes de até três classes diversas, as suas decisões envolvem todas as referidas classes unitariamente, por meio de votação colegiada. Assim sendo, diante da impossibilidade de se alcançar a maioria necessária, a solução se desloca, em primeiro lugar, para decisão a ser tomada pelo administrador judicial, e, depois, para o juiz, diante da eventual incompatibilidade daquele.

Art. 28. Não havendo Comitê de Credores, caberá ao administrador judicial ou, na incompatibilidade deste, ao juiz exercer suas atribuições.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Este fato ocorrerá como resultado do desinteresse dos credores em criar tal órgão, caso em que, pela ordem, suas funções se deslocam para o administrador judicial e para o juiz, conforme visto acima.

A incompatibilidade do administrador judicial para o exercício das funções correspondentes dar-se-á, por exemplo, em situações de conflito de interesse no caso em que for necessário um parecer sobre um crédito, em relação ao qual o titular seja ele próprio.

Art. 29. Os membros do Comitê não terão sua remuneração custeada pelo devedor ou pela massa falida, mas as despesas realizadas para a realização de ato previsto nesta Lei, se devidamente comprovadas e com a autorização do juiz, serão ressarcidas atendendo às disponibilidades de caixa.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

O exercício das atividades do Comitê de Credores é gratuito, não vindo a onerar o devedor em processo de recuperação ou a massa falida. Trata-se de uma contribuição pessoal não remunerada aquela exercida pelos membros do Comitê na busca da recuperação da empresa (que irá beneficiar a todos os atingidos por algum dos dois processos), ou do melhor resultado que seja possível alcançar para a massa falida, com diminuição dos prejuízos.

Na circunstância de ser necessária a realização de alguma despesa como condição para o exercício das atribuições do Comitê de Credores, ela deverá ser ressarcida, mediante a devida comprovação e a necessária autorização do juiz, dentro das disponibilidades de caixa.

Art. 30. Não poderá integrar o Comitê ou exercer as funções de administrador judicial quem, nos últimos 5 (cinco) anos, no exercício do cargo de administrador judicial ou de membro do Comitê em falência ou recuperação judicial anterior, foi destituído, deixou de prestar contas dentro dos prazos legais ou teve a prestação de contas desaprovada.

§ 1º Ficarão também impedidos de integrar o Comitê ou exercer a função de administrador judicial quem tiver relação de parentesco ou afinidade até o 3º (terceiro) grau com o devedor, seus administradores, controladores ou representantes legais ou deles for amigo, inimigo ou dependente.

§ 2º O devedor, qualquer credor ou o Ministério Público poderá requerer ao juiz a substituição do administrador judicial ou dos membros do Comitê nomeados em desobediência aos preceitos desta Lei.

§ 3º O juiz decidirá, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, sobre o requerimento do § 2º deste artigo.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Evidentemente, essas vedações atingem pessoas que não exerceram com o necessário zelo as mesmas atribuições de administrador judicial ou as de membro de Comitê de

Credores em processos similares, tendo em vista a necessidade de que tanto a recuperação da empresa quanto a falência sejam dirigidas por pessoas absolutamente idôneas.

Deve-se entender que tais proibições atingem as pessoas que, no regime da Lei anterior, hajam sido destituídas do cargo de síndico ou de comissário.

102. § 1.º: Condições para o exercício do cargo de administrador judicial e de membro do Comitê de Credores

Com relação aos impedimentos em razão de parentesco, mais uma vez coloca-se aqui o valor que o legislador dá à isenção necessária de que devem se revestir o administrador judicial e os membros do Comitê de Credores em relação às atividades correspondentes, perseguindo as situações de conflito de interesse.

O objetivo da norma é evitar situações fraudulentas a que a empresa estaria susceptível com a admissão de parentes e afins de pessoas diretamente interessadas na situação fática e que poderiam obstar o bom andamento da recuperação.

103. § 2.º: Competência para o requerimento de substituição do administrador judicial ou de membro do Comitê de Credores

Nos casos em que o juiz tiver sido levado a erro e nomeado um administrador judicial ou membros do Comitê de Credores em desobediência às determinações legais, a Lei concedeu competência aos interessados para requererem a substituição cabível, a qual deverá ser devidamente justificada. No caso do Ministério Público, sua atuação se dá na qualidade de fiscal da lei.

Verifique-se, a propósito, que, à luz do § 3.º do art. 24 desta Lei, não se trata aqui de substituição, mas de verdadeira destituição. No caso do administrador judicial, este deverá perder a remuneração correspondente, pois sua nomeação não se revestiu de validade.

104. § 3.º: Prazo para a decisão da substituição de administrador judicial ou de membro do Comitê de Credores. Defesa dos interessados

Tendo sido encaminhado ao juiz pedido de substituição do administrador judicial ou de membro do Comitê de Credores, na forma do parágrafo anterior, deverá o juiz tomar decisão a respeito no prazo de vinte e quatro horas, não prevista a defesa do acusado. No entanto, em atendimento ao princípio constitucional do contraditório, deveria ser dada oportunidade de defesa à pessoa acusada, dentro do mesmo prazo. A falta de previsão neste sentido acarretará discussões judiciais por quebra do inc. LV do art. 5.º da Constituição Federal, que prevê o direito ao contraditório e à ampla defesa *aos acusados em geral*.

No regime do Dec.-lei 7.661/1945, a destituição do síndico pelo juiz somente se daria, sem que este pudesse previamente defender-se, no caso em que excedesse os prazos cominados na Lei para a sua atuação ou manifestação. Isto porque, no caso, sua negligência já estaria demonstrada pelo simples transcurso dos prazos em questão (art. 66, *caput* e § 1.º). O mesmo se dava quanto ao comissário na concordata, por força do disposto no art. 171 da Lei anterior.

O prazo de vinte quatro horas é exíguo, mas assim regularmente estabelecido para que uma pessoa, proibida de exercer funções à frente de uma empresa em recuperação judicial, ou da massa falida, não continue a fazê-lo, senão pelo tempo absolutamente

necessário ao estudo da questão, de forma a não se tolher a necessária celeridade que deve caracterizar tanto o processo de recuperação judicial quanto o de falência.

A Lei não indicou os caminhos a serem tomados pelos interessados, no caso em que o juiz se negue a atender ao pedido de substituição. Também não ficou esclarecido se, dando-se a substituição, a pessoa substituída teria direito a alguma medida de defesa objetivando a sua recondução à função anteriormente exercida. Deve-se entender que qualquer interessado poderá interpor um agravo contra a decisão do juiz, seja a favor ou contra a destituição pretendida ou efetuada, na forma do art. 522 do CPC. O problema é que o agravante tem o prazo de dez dias para tomar iniciativa neste sentido, o qual se verifica incompatível com a estrutura da Lei sob comentário.

Suponha-se, por outro lado, que a decisão do juiz em favor da substituição revele-se infundada à luz das provas trazidas pelo interessado, conforme o julgamento do agravo por ele interposto. Em regra, deveria a pessoa indevidamente acusada ser reconduzida à função da qual foi injustamente dispensada. No entanto, este fato prejudicaria sensivelmente o processo em curso, principalmente quando se tratar do administrador judicial, pois acarretaria uma indesejável nova mudança na administração, com prejuízo para a continuidade do trabalho que vinha sendo exercido pelo substituto.

Veja-se, do lado do administrador injustamente substituído, que ele veio a perder em consequência deste fato a remuneração a que teria direito ao final do processo.

Diante do exposto, duas soluções são possíveis: (i) recondução do administrador judicial, com o direito ao recebimento da remuneração calculada proporcionalmente ao tempo anterior à substituição e ao que viesse a exercer depois do seu retorno; ou (ii) recebimento de indenização equivalente ao prejuízo por ele sofrido, a cargo de quem injustamente o ofendeu, na forma do art. 186 do atual Código Civil. Esta última solução, que melhor atenderia aos interesses gerais em jogo, apresentaria freqüentemente o problema da incapacidade de pagamento da indenização por parte de quem deu causa a uma substituição injusta.

A substituição injusta de membro do Comitê de Credores traria efeitos menos graves para o acusado, uma vez que os membros daquele órgão não são remunerados. No entanto, existiria dano moral, a ser devidamente reparado por quem lhe deu causa.

Art. 31. O juiz, de ofício ou a requerimento fundamentado de qualquer interessado, poderá determinar a destituição do administrador judicial ou de quaisquer dos membros do Comitê de Credores quando verificar desobediência aos preceitos desta Lei, descumprimento de deveres, omissão, negligência ou prática de ato lesivo às atividades do devedor ou a terceiros.

§ 1º No ato de destituição, o juiz nomeará novo administrador judicial ou convocará os suplentes para recompor o Comitê.

§ 2º Na falência, o administrador judicial substituído prestará contas no prazo de 10 (dez) dias, nos termos dos §§ 1º a 6º do art. 154 desta Lei.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Mais uma vez nota-se a ausência de previsão do direito de defesa, por parte da pessoa acusada, de qualquer dos fatos previstos na norma ora examinada. Como a decisão do juiz deverá ser devidamente fundamentada, a fim de não se caracterizar como um ato arbitrário, caberá o direito de defesa à pessoa assim destituída. A este respeito, devem ser tomadas em consideração as mesmas observações logo acima efetuadas.

A substituição não retira do administrador judicial substituído o direito à remuneração proporcional. No entanto, o seu pagamento ficará na dependência da aprovação de suas contas, nos termos dos §§ 3.º e 4.º do art. 24 desta Lei.

Art. 32. O administrador judicial e os membros do Comitê responderão pelos prejuízos causados à massa falida, ao devedor ou aos credores por dolo ou culpa, devendo o dissidente em deliberação do Comitê consignar sua discordância em ata para eximir-se da responsabilidade.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Verifica-se quão delicada é a situação do administrador judicial e dos membros do Comitê de Credores, tendo em vista esta eventual responsabilidade patrimonial, determinada por atos ou omissões originados de atos de dolo ou culpa.

Quanto ao administrador judicial de empresa em processo de recuperação, esta condição é particularmente problemática, tendo em vista as decisões que deve tomar na execução do plano que foi aprovado, as quais apresentam o risco de perdas financeiras que deverão ser-lhe imputadas, bastando para isto ficar caracterizada culpa nas modalidades de negligência, imprudência ou imperícia. Ora, a atividade empresarial é essencialmente de risco já na vida normal da empresa, quanto mais quando se trata de um processo de recuperação judicial, cheio de maiores obstáculos.

Assim sendo, o exame da presença de dolo ou de culpa pelo Judiciário, nos casos correspondentes a este dispositivo, deverá ser feito *cum grano salis*, sob pena de se praticar injustiças e de esvaziar o interesse pelo exercício da função de administrador judicial e de membro do Comitê de Credores. Estará o juiz preparado para colocar-se no lugar de qualquer deles e ponderar a respeito de uma decisão que foi tomada ou de um ato que foi adotado em um momento determinado no passado, diante de circunstâncias então eventualmente prementes, a fim de fazer o julgamento justo? É de duvidar-se.

Art. 33. O administrador judicial e os membros do Comitê de Credores, logo que nomeados, serão intimados pessoalmente para, em 48 (quarenta e oito) horas, assinar, na sede do juízo, o termo de compromisso de bem e fielmente desempenhar o cargo e assumir todas as responsabilidades a ele inerentes.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

A imediata formalização da posse é necessária para que o processo correspondente tenha o seu curso otimizado, sem prejuízo para os interessados.

Art. 34. Não assinado o termo de compromisso no prazo previsto no art. 33 desta Lei, o juiz nomeará outro administrador judicial.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Verifica-se que o prazo é de decadência, e pergunta-se por que o dispositivo em questão não fez referência também ao membro do Comitê de Credores. Aplicando-se o princípio da analogia, o resultado será o mesmo.

Seção IV

Da Assembléia-Geral de Credores

ERASMO VALLADÃO A. E N. FRANÇA

A seção IV, do Capítulo II, da Lei 11.101/2005 (doravante apenas Lei 11.101) cuida da Assembléia-Geral de Credores, tema em relação ao qual é indispensável o recurso ao direito societário, por ser este o ramo do direito privado em que, reconhecidamente, o estudo das questões referentes à assembléia e suas deliberações teve maior aprofundamento. Daí as referências que, durante os comentários, faremos às disposições pertinentes do Código Civil e da Lei de S/A, bem como à literatura especializada na matéria.

105. A Assembléia-Geral de Credores na Lei 11.101

A Lei 11.101, ao tempo em que tem por objetivo, na recuperação judicial, “viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica” (art. 47), ou mesmo, na falência, “preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa” (art. 75), restaurou, de forma aparentemente paradoxal, os poderes dos credores, cuja Assembléia-Geral decide, soberanamente, por exemplo, sobre a viabilidade da própria recuperação judicial do devedor¹²⁵ – o que, como se sabe, não ocorria com a concordata, cuja concessão pelo juiz independia totalmente do assentimento dos credores.¹²⁶ A Lei 11.101, seguindo as modernas legislações falimentares dos diversos países, parece inspirada no assim chamado “princípio da autonomia dos credores”, segundo o qual os credores, como principais envolvidos na insolvência da empresa

* O autor agradece as críticas e sugestões feitas pelo amigo de todas as horas, Dr. Edmur de Andrade Nunes Pereira Neto, sobretudo acerca das hipóteses de conflito de interesses, e pelos também prezados amigos, Drs. Cândido Rangel Dinamarco, José Alexandre Tavares Guerreiro e José Rogério Cruz e Tucci. Agradece especialmente, outrossim, as críticas e sugestões de seu amigo, orientando e constante interlocutor, Dr. Marcelo Vieira von Adamek, notadamente sobre a interpretação dos arts. 36, *caput*, 39, § 2.º, e 43, e, sobretudo, o incentivo para escrever estes comentários. Agradece, por fim, as contribuições de seus orientandos Patrícia Barbi Costa, advogada militante na área falimentar, e Evandro Fernandes Pontes. Os erros e as omissões, todavia, são de responsabilidade exclusiva do autor.

¹²⁵ “Rejeitado o plano de recuperação pela assembléia-geral de credores”, diz o § 4.º do art. 56, “o juiz decretará a falência do devedor”. Ressalva-se, apenas, a hipótese de *cram down* prevista no art. 58, § 1.º.

¹²⁶ Fato que levou Waldemar Ferreira a chamá-la de “concordata fascista”, segundo nos relata Comparato, no seu saboroso e sempre atual *Aspectos jurídicos da macro-empresa* (COMPARATO, Fábio Konder, p. 99).

devedora, devem decidir sobre as mais relevantes questões ocorrentes no processo de recuperação ou falência.¹²⁷

106. A Assembléia é órgão da comunhão de credores

A idéia de órgão está vinculada à de *interesse comum* ou *coletivo* – interesse que explica, segundo Carnelutti, não somente a *formação* de qualquer grupo social, mas também a sua *organização*, mais ou menos complexa, segundo o grupo de que se trata. Órgão, para o mestre, é uma decorrência lógica do conceito de interesse coletivo – é o indivíduo, ou indivíduos, enquanto agem para o desenvolvimento deste interesse, ou seja, enquanto cumprem uma *função* do grupo.¹²⁸ A Assembléia-Geral de Credores, nessa perspectiva, é órgão, eis que preordenada pela Lei 11.101 para agir em favor do desenvolvimento do interesse coletivo da *comunhão de credores*¹²⁹ – esta é a função que a lei lhe comete. O interesse individual dos credores, tutelado no procedimento concursal, é o recebimento de seus créditos, em regra de acordo com o princípio da

¹²⁷ Cf. UHLENBRUCK, Wilhelm. *Insolvenzordnung*, § 74, n. 1, p. 1.248; EHRICKE, Ulrich, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, § 74, n. 3, p. 1.622/1.623.

¹²⁸ *Sistema di diritto processuale civile*, I, p. 12, n. 3. V., outrossim, *Teoria generale del diritto*, p. 11-12.

¹²⁹ A possibilidade da existência de órgãos também nas comunhões, e não apenas nas sociedades e associações, é admitida, em sede doutrinária, entre outros, por jurista da mais alta expressão: v. ROMANO, Santi. *Frammenti di un dizionario giuridico*, no verbete *Organi*, p. 153. Advirta-se, contudo, que a natureza jurídica da coletividade dos credores, na falência – a chamada “massa falida subjetiva” –, é questão de veras controversada. Há quem diga, com base na doutrina francesa mais antiga, que se trataria de um estado de associação (nesse sentido, LACERDA, J. C. Sampaio de. *Manual de direito falimentar*, p. 173), o que parece inaceitável, sobretudo se se considerar que a associação é uma união – voluntária, por certo – de pessoas que se organizam para fins não econômicos (art. 53 do CC). De sociedade igualmente não se cuida, faltando, entre outros, o elemento da voluntariedade (“Celebram contrato de sociedade as pessoas *que reciprocamente se obrigam* a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”, diz o art. 981 do CC). A idéia de que se cuidaria de uma universalidade de direito, sustentada por alguns autores (v. REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*, p. 160), também soa inaceitável, eis que, sendo esta conceituada como “o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico” (art. 91 do CC), não se concebe que a universalidade possa ser confundida com as *próprias* pessoas – que são os credores. A universalidade, com efeito, é classificada como *bem coletivo* (Parte Geral, Livro II, Título Único, Capítulo I, Seção V – “Dos bens singulares e coletivos” – do CC), e, nesse sentido, identifica-se com a massa falida *objetiva* (cf. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, v. 28, § 3.334, n. 2, p. 247). A hipótese de se tratar de uma comunhão sobre os bens do devedor também é afastada, eis que “sujeito dos direitos sobre os bens do patrimônio continua o devedor falido. Não os perdeu. O que se lhe retirou foi o poder de dispor com eficácia contra os credores” (idem, *ibidem*, § 3.318, n. 1, p. 161; v., ainda, § 3.347, n. 1, p. 279). Trajano de Miranda Valverde também refuta veementemente a hipótese de comunhão, inclusive por entender que cada credor “age no seu próprio interesse, contrariando, se possível, o dos outros concorrentes” (VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 1, n. 256, p. 257-258). É certo, porém, que, a par dos interesses individuais, pode haver também, tanto na recuperação, como na falência, interesses coletivos ou comuns dos credores, como se aponta a seguir no texto. É lícito falar, assim, em uma comunhão *de interesses* entre os credores. Conforme for, essa comunhão não tem, na Lei 11.101, um caráter estável, como ocorre, por exemplo, com a comunhão dos debenturistas, na Lei de S/A, a qual dispõe, inclusive, de um representante – o agente fiduciário (art. 68 da Lei 6.404/1976) – que tem atuação permanente em defesa dos interesses daquela (cf. TEIXEIRA, Egberto Lacerda e GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*, v. 1, p. 366-367).

par conditio creditorum.¹³⁰ Para tanto, pode haver um interesse comum ou coletivo, seja na concessão e regular desenvolvimento da recuperação judicial, seja na decretação da falência do devedor, se inviável aquela, pois do contrário os credores poderão sofrer mais prejuízos ainda (art. 35, I, *a*). Os credores também podem ter interesses comuns na constituição do Comitê de Credores, para, entre outras coisas, fiscalizar as atividades e examinar as contas do administrador judicial (art. 35, I, *b* e II, *b c/c* 27, I), na nomeação do gestor judicial, quando o devedor for afastado da administração da empresa na recuperação judicial (art. 35, I, *e*), em modalidade mais adequada de realização do ativo (art. 35, II, *c*) etc.

107. A Assembléia é órgão que expressa a vontade coletiva da comunhão de credores

A Assembléia de credores, como se disse, é organizada para atuar em prol do interesse comum dos credores. De que forma se dá essa atuação? A Assembléia é o órgão predisposto pela Lei 11.101 para formar e expressar a *vontade coletiva* da comunhão de credores,¹³¹ através das suas *deliberações*. Exerce, assim, *poder-função* deliberante. Mas, como bem observa Wiedemann,¹³² enquanto no indivíduo a formação e expressão da vontade – a decisão (*Entschluss*) de praticar um ato jurídico – obedecem a um processo de natureza *psicológica*, nos grupos a formação e expressão da vontade coletiva – a deliberação (*Beschluss*) – obedecem a um processo de natureza *jurídica*. Exatamente por isso não pode ser considerada expressão da vontade coletiva, consoante esclarece exemplarmente Bulhões Pedreira, em lição plenamente aplicável à hipótese de uma comunhão de credores, o resultado de eventual pesquisa de opinião que se fizesse junto aos sócios de determinada sociedade acerca de assunto sobre o qual se irá deliberar: “Assim, por exemplo, se um pesquisador de opiniões pergunta a todos os sócios da sociedade qual deva ser a decisão social sobre determinada questão, o conjunto das respostas que recebe é um agregado de atos individuais, não uma deliberação coletiva: ainda que todos se manifestem no mesmo sentido, essas manifestações não expressam a vontade social – não são imputáveis ao grupo, como um todo. Para que exista deliberação social é necessário que os sócios se manifestem sobre proposta de deliberação na qualidade de membros do grupo e com o fim de definir a vontade social, o que pressupõe um procedimento que organize seus atos. Esse procedimento precisa compreender ao menos: (a) a comunicação a todos os sócios da instauração do processo de deliberação e da proposta a ser votada; (b) a manifestação dos sócios sobre a proposta com o fim de formar a vontade social; e (c) a coleta dos votos e proclamação da deliberação social”.¹³³ A vontade coletiva da comunhão de credores,

¹³⁰ A lei reprime severamente a transgressão a este princípio: “Art. 172. Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar plano de recuperação extrajudicial, ato de disposição ou oneração patrimonial ou gerador de obrigação, destinado a favorecer um ou mais credores em prejuízo dos demais: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre o credor que, em conluio, possa beneficiar-se de ato previsto no *caput* deste artigo.”

¹³¹ Cf., na lei anterior, MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, v. 29, § 3.431, p. 318.

¹³² WIEDEMANN, Herbert. *Direito societário (Gesellschaftsrecht)*, v. 1, p. 176.

¹³³ No parecer José Luiz Bulhões de Pedreira (em colaboração com Alfredo Lamy Filho) denominado Deliberação dos sócios quotistas de transformar Ltda. S/A, *A Lei das S/A*, p. 656. No mesmo sentido, WIEDEMANN, Herbert. *Direito societário (Gesellschaftsrecht)*, p. 176-177.

portanto, só pode ser *validamente* exprimida uma vez seguido o *procedimento* – seqüência preordenada de atos – estabelecido na lei.

108. A Assembléia é órgão hierarquicamente superior

A Assembléia-Geral de Credores é um órgão hierarquicamente superior, que *constitui* dois outros órgãos, que igualmente agem em prol do interesse coletivo dos credores: o *Comitê de Credores* na recuperação e na falência, mediante a escolha e substituição de seus membros (art. 35, I, *b* e II, *b*) –, com exceção do disposto no art. 26, § 2.º –, e o *gestor judicial*, na recuperação judicial (art. 35, I, *e*). Mas a Assembléia não tem preponderância hierárquica sobre o administrador judicial, que está subordinado exclusivamente ao juiz. Exatamente por isso, aliás, foram vetadas a alínea *c*, do inciso I, e a alínea *a*, do inciso II, do art. 35, que atribuíam à Assembléia de credores o poder de substituir o administrador judicial – poder que compete unicamente ao magistrado (v. comentários ao art. 35, I, *c*, mais adiante). Mas, embora sem qualquer subordinação hierárquica, o próprio juiz estará adstrito a observar o resultado da deliberação assemblear, se tomada com observância das prescrições legais (v., contudo, o art. 58, § 1.º, que autoriza o juiz a conceder a recuperação judicial mesmo em face de deliberação contrária da Assembléia de credores, desde que preenchidos certos requisitos).

109. A Assembléia é órgão de funcionamento facultativo

A Assembléia-Geral de Credores é órgão de funcionamento facultativo. Mesmo na recuperação judicial, se não houver objeção de nenhum credor ao plano apresentado pelo devedor (art. 56, *a contrario sensu*), poderá a Assembléia jamais chegar a ser convocada. As hipóteses em que há convocação da Assembléia-Geral dos Credores estão previstas nos arts. 26 *c/c* 52, § 2.º; 35; 52, § 4.º; 56; 65 e § 2.º; 72, *a contrario sensu*; 73, I; 99, XII; e 145. Não há convocação de Assembléia de credores na recuperação judicial de microempresas ou empresas de pequeno porte, em que o devedor opte pelo plano especial previsto nos arts. 70 a 72 (cf. art. 72, *caput*).

110. Invalidez (*lato sensu*) da Assembléia-Geral de Credores

Como tudo o que diz respeito à problemática questão da invalidez da Assembléia e de suas deliberações, a imprevidência do legislador brasileiro segue sendo exemplar. Na Lei 11.101, aliou-se a imprevidência à insensibilidade, como se verificará. Não há uma disciplina geral das invalidades relativas à Assembléia-Geral de Credores, cuidando a lei apenas de uma hipótese especial no § 2.º do art. 39 e aludindo à “invalidação de deliberação de assembleia” no § 3.º do mesmo artigo. Só. Como também não há regulação da matéria seja na parte geral, seja na infeliz parte societária do atual Código Civil, que deve ser aplicado subsidiariamente, as dificuldades trazidas ao intérprete são quase intranponíveis.

110.1 Inexistência e ineficácia

Pelas razões que expendemos em obra anterior,¹³⁴ inclinamo-nos a rejeitar a categoria da *inexistência* da Assembléia e das suas deliberações, por entender que a categoria da

¹³⁴ Cf. o nosso *Invalidez das deliberações de assembleia das S/A*, p. 78-85.

invalidade dos referidos atos (que examinaremos no subitem seguinte), se porventura já não abrangesse as hipóteses qualificadas como de inexistência, quando menos lhes daria, como lhes dá, adequada solução. Além das categorias mencionadas, há ainda a da *ineficácia*. Consiste a ineficácia na inaptidão do ato jurídico para produzir efeitos. De maneira geral, pode-se dizer que são *ineficazes* as deliberações que alteram, ou sejam suscetíveis de alterar, *direitos especiais de credores* ou *direitos de terceiros* antes que estes consentam.¹³⁵ Imagine-se a hipótese de ser aprovado um plano de recuperação judicial, por exemplo, que implique alteração da variação cambial de determinadas obrigações do devedor. Tal deliberação só produzirá efeitos se os credores das mesmas concordarem (art. 50, § 2.º). Do contrário, a deliberação pode até ser válida, mas é ineficaz.¹³⁶ A tutela processual da ineficácia, esclareça-se, é meramente *declaratória*.¹³⁷

110.2 *Invalidade* (stricto sensu)

Na categoria da invalidade, como se sabe, incluem-se a nulidade, disciplinada nos arts. 166 a 170, e a anulabilidade, nos arts. 171 a 182, todos do Código Civil, sendo a consequência de ambos os vícios idêntica: “Anulado o negócio jurídico”, diz o art. 182, “restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente”. Mas, enquanto a nulidade é imprescritível (art. 169), podendo ser alegada por qualquer interessado, pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir, e até de ofício, pelo juiz, que não pode supri-la ainda que a requerimento das partes (art. 168 e parágrafo único), a anulabilidade é atingida pela decadência em breve prazo (arts. 178 e 179), só podendo ser alegada pelos diretamente interessados (art. 177), e sendo, ainda, suscetível de confirmação (art. 172). A tutela processual da nulidade é, pois, *declaratória*, e a da anulabilidade, *constitutiva negativa* ou *desconstitutiva*.

110.3 *Vícios do voto, vícios das deliberações e vícios da Assembléia*

Há que distinguir, nessa matéria, três diferentes espécies de vício, com consequências também diversas: (a) *vícios da própria Assembléia* – que pode ter sido irregularmente convocada (ou mesmo, não convocada)¹³⁸ ou *instalada*, hipótese em que a sua invalidação trará como consequência, obviamente, a invalidade de *todas as deliberações* que nela forem tomadas;¹³⁹ (b) *vícios das deliberações* – nessa hipótese, o vício de uma das deliberações

¹³⁵ Sobre ineficácia do voto e de deliberações societárias, v. o nosso *Invalidade das deliberações de assembléia das S/A*, p. 111-113 e 117.

¹³⁶ Os planos da ineficácia e da invalidade não se confundem. O ato pode ser válido e ineficaz: o testamento, embora tenha sido lavrado com todas as formalidades legais, não produz efeitos antes da morte do testador. O ato anulável é inválido, mas produz efeitos até a decretação da anulação (art. 177 do CC).

¹³⁷ Cf. ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, p. 401.

¹³⁸ Imagine-se que, sendo poucos os credores, o magistrado, para evitar despesas, dispense a convocação pelos jornais, se todos eles se dispuserem a comparecer em data previamente acertada. Nesse caso, se um deles, que não assentiu formalmente, não comparece e a Assembléia se realiza, será ela viciada por *ausência* de convocação regular.

¹³⁹ Há determinados vícios de assembléia, porém, que não trazem essa consequência. A deliberação sobre matéria não constante da ordem do dia, por exemplo, por alguns classificada como vício de

não se estende às demais, que não sejam viciadas; (c) *vícios do voto* – nessa hipótese, o vício do voto só acarretará o vício de determinada deliberação se o voto foi decisivo para formação da maioria; senão, será irrelevante, só atingindo o próprio voto viciado.¹⁴⁰ São completamente diversos, pois, os vícios em questão.¹⁴¹

110.3.1 Vícios do voto

O voto é *declaração de vontade*,¹⁴² aplicando-se-lhe normalmente a disciplina dos negócios jurídicos, prevista na Parte Geral, Livro III, Título I, do Código Civil. Poderá, assim, ser invalidado em virtude de nulidade (arts. 166 e 167 do CC), incluindo-se aí as hipóteses de violação de *proibição de voto*, comentadas mais abaixo, ou de anulabilidade (art. 171 do CC). A invalidade do voto, reitere-se, somente acarretará a invalidade da deliberação da Assembléia se for determinante para a formação da maioria.¹⁴³ Não há confundir, outrossim, o regime de invalidade do voto com o regime de invalidade das deliberações. O regime das deliberações é, em princípio, conforme se verá a seguir, o da anulabilidade, sujeita a prazo decadencial. Escoado esse prazo, a declaração de nulidade do voto ou a decretação de sua anulabilidade não poderá mais afetar a deliberação.¹⁴⁴

110.3.1.1 Proibição de voto

As hipóteses de proibição de voto obedecem, normalmente, a dois princípios. O primeiro deles consiste na vedação do “negócio consigo mesmo” (ex.: o credor não pode votar na deliberação sobre um negócio a ser realizado entre ele e o devedor ou a massa, sobre a sua exoneração de uma dívida para com o devedor ou a massa ou de sua responsabilidade perante o devedor ou a massa). O segundo princípio é expresso pela parêmia *nemo iudex in causa propria*, pois a ninguém é dado julgar os próprios atos (ex.: o credor não poderia votar na deliberação sobre a sua destituição da condição de membro do Comitê de Credores, muito embora não esteja impedido de votar em si mesmo para exercer o cargo, tal como ocorre com os sócios e acionistas, que podem votar em si mesmos para exercer o cargo de administradores das sociedades e companhias). A proibição de o credor votar atinge também o seu representante¹⁴⁵ e inibe, outrossim, o

assembléia, acarreta apenas a invalidade da deliberação em questão, não afetando as outras que tenham sido regularmente tomadas no conclave. V. outras hipóteses de vícios de assembléia em nosso *Invalidade das deliberações de assembléia das S/A*, p. 91 e 92.

¹⁴⁰ Essa verificação é que se denomina, na doutrina, de “prova de resistência” da deliberação (cf. o nosso *Invalidade das deliberações de assembléia das S/A*, p. 85, nota 45).

¹⁴¹ Outra classificação usual é a que distingue entre vícios referentes ao procedimento de *formação das deliberações* e vícios referentes ao *conteúdo* (ou *objeto*) das mesmas (cf., por todos, XAVIER, Vasco da Gama Lobo. *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*, p. 180-181).

¹⁴² Cf. SCHMIDT, Karsten. *Direito societário (Gesellschaftsrecht)*, p. 436-438.

¹⁴³ Isso ocorreria, segundo alguns, por força da aplicação do princípio *utile per inutile non vitiatur*, previsto no art. 184 do CC atual (art. 153 do CC/1916), mas v. a penetrante crítica de ASCARELLI a respeito (ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, p. 390, nota 44).

¹⁴⁴ Cf. ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, p. 413 e nota 47; MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, v. 50, § 5.323, n. 12, c, p. 313.

¹⁴⁵ O argumento pode ser extraído por analogia com a norma constante do § 1.º, do art. 134, da Lei de S/A.

credor impedido, de representar outro credor.¹⁴⁶⁻¹⁴⁷ O Código Civil, lei subsidiária, contém norma geral de proibição de voto no art. 1.074, § 2.º (“Nenhum sócio, por si ou na condição de mandatário, pode votar matéria que lhe diga respeito diretamente”) e norma especial no art. 1.078, § 2.º (proibição de os administradores e conselheiros fiscais aprovarem as contas da administração). A violação da proibição importará nulidade do voto proferido (art. 166, VII, do CC), e, se o voto for decisivo para a formação da maioria, a invalidade da deliberação.

110.3.1.2 Conflito de interesses

Em franco descompasso com a Lei de S/A (art. 115, § 4.º), o Código Civil não prevê a anulação das deliberações tomadas em decorrência de voto conflitante. Nos dois dispositivos em que cuida de conflito de interesses, a sanção estabelecida na lei civil é apenas a da responsabilidade por perdas e danos (art. 1.010, § 3.º e 1.017, parágrafo único).¹⁴⁸ A Lei 11.101, infelizmente, não trata da matéria. E não faltarão hipóteses em que o interesse individual de determinado credor poderá ser substancialmente conflitante¹⁴⁹ com o da coletividade, a exigir a anulação da deliberação. Não é fácil, entretanto, conceituar o que seja o interesse comum dos credores. Segundo uma autorizada opinião doutrinária, tal interesse consistiria no interesse que tem cada credor em, ao menos a médio prazo, minimizar os seus prejuízos, mediante a ampliação das disponibilidades da massa.¹⁵⁰ Outras manifestações doutrinárias e jurisprudenciais têm considerado contrárias ao interesse comum dos credores as deliberações: a) que causam prejuízo desproporcional, inadequado, para uma parte dos credores; b) que favorecem um credor em particular, ou um grupo de credores, especialmente os credores privilegiados ou com garantia real, ou ainda terceiros, em detrimento da comunhão dos credores; c) que não são úteis a ninguém; d) que favorecem o devedor ou um terceiro sem qualquer vantagem para a massa.¹⁵¹ Como hipóteses mais concretas de conflito de interesses podem ser imaginadas, por exemplo, a de uma credora, indústria automobilística, que vote contrariamente à aprovação de plano de recuperação judicial viável por estar interessada na falência do devedor, seu concessionário, a fim de passar a concessão a outrem; ou do credor interessado na falência de seu agente ou distribuidor (art. 710 do CC), igualmente para transferir a outrem a agência ou a distribuição de seus

¹⁴⁶ Cf. UHLENBRUCK, Wilhelm (*Insolvenzordnung*, § 77, ns. 5 e 6, p. 1.273) e ERICKE, Ulrich (*Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, § 77, n. 38, p. 1.680), que entendem que a proibição também se aplica a uma sociedade controlada por um credor impedido.

¹⁴⁷ Sobre toda essa matéria de proibição de voto, cf. UHLENBRUCK, Wilhelm. *Insolvenzordnung*, § 76, n. 24, p. 1.268/1.269, e § 77, ns. 4 a 8, p. 1.272-1.274; e ERICKE, Ulrich. *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, § 77, ns. 35 a 38, p. 1.679-1.680.

¹⁴⁸ Essa também era a sanção prevista nos arts. 95 e 120, parágrafo único, da anterior Lei de S/A (Dec.-lei 2.627/1940). Sobre o tema, v. o nosso *Conflito de interesses nas assembleias de S/A*, p. 74-75.

¹⁴⁹ Sobre a distinção entre conflito de interesses *formal* e *substancial* ou *material*, v. o nosso *Conflito de interesses nas assembleias de S/A*, p. 75-81 e 91-97. V. ainda, mais resumidamente, no comentário a julgado da CVM que publicamos na RDM 128/225 sob o título: “Conflito de interesses: formal ou substancial?”.

¹⁵⁰ ERICKE, Ulrich, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, § 78, n. 17, p. 1.691, esclarecendo que o componente temporal “a médio prazo”, nessa conceituação, visa conciliar os interesses dos credores que podem esperar até que os bens da massa sejam alienados a preço mais conveniente, com os de outros, que têm necessidade da mais rápida realização do ativo.

¹⁵¹ UHLENBRUCK, Wilhelm, *Insolvenzordnung*, § 78, ns. 8 e 9, p. 1.283-1.284.

produtos; ou ainda, do credor que tenha interesse na falência de seu devedor simplesmente por ser seu concorrente. Nesses casos, o voto desses credores na Assembléia-Geral que for deliberar sobre o plano de recuperação judicial do devedor (art. 45 da Lei 11.101) poderá ser materialmente conflitante com o interesse da comunhão de credores na aprovação daquele plano. De outra parte, seria problemático estabelecer-se aí uma proibição de voto, eis que não se pode dizer *a priori* que o credor concorrente, por exemplo, tenha interesse na falência do seu devedor unicamente para aniquilá-lo.¹⁵² Se o plano de recuperação judicial for inviável, é absolutamente legítimo que o credor vote pela sua desaprovação, no intuito de evitar mais prejuízos ainda. A recuperação judicial não é um valor absoluto, como lembrado alhures.¹⁵³ Mas é de todo conveniente que, em tais casos, o credor justifique cumpridamente o seu voto, eivado de natural suspeição, entregando declaração ao presidente da Assembléia. De outra parte, a disciplina do voto em conflito de interesses – que é uma espécie de abuso do direito de voto¹⁵⁴ – destina-se a proteger o interesse do grupo, sendo assim aplicável tanto ao voto da maioria como ao da minoria.¹⁵⁵

110.3.2 Vícios das deliberações

A deliberação de assembléia é manifestação de vontade coletiva (é um *ato coletivo* – *Gesamtakt*), não sendo considerada, por muitos autores, como um negócio jurídico.¹⁵⁶ Mesmo aqueles que não comungam dessa idéia concedem, entretanto, que se trata de um negócio jurídico de natureza especial, ao qual não se aplica inteiramente a disciplina das invalidades, prevista nos arts. 166 e seguintes, do CC.¹⁵⁷ E, com efeito, não se anula uma deliberação por erro, ou por dolo, exemplificativamente. Anula-se *o voto* viciado. Se ele foi determinante para a formação da maioria deliberante, anula-se a deliberação não porque seja ela contaminada pelo erro ou pelo dolo, mas sim *por violação às regras cogentes dos arts. 42, 45 e 46, da Lei 11.101*, que exigem aprovação das propostas por maioria. Anulado o voto decisivo, *cai a maioria*. A disciplina da invalidade das deliberações, assim, encontra correspondência no *princípio da legalidade*: as deliberações contrárias à lei podem ser invalidadas. *Nulidade ou anulabilidade?* Mas, qual a sanção aplicável a uma deliberação tomada contrariamente à lei? Nulidade ou anulabilidade? A Lei 11.101, nos dois únicos dispositivos que se referem à questão, fala genericamente em *invalidade*, dizendo o seguinte: “As deliberações da Assembléia-Geral não serão *invalidadas*...” (art. 39, § 2.º); “No caso de posterior *invalidação* de deliberação da assembléia...” (art. 39, § 3.º). De sua parte, o Código Civil não contém, incompreensivelmente,

¹⁵² As duas únicas hipóteses de proibição de voto, previstas no Código Civil, como se disse, estão no § 2.º, do art. 1.074 (“Nenhum sócio, por si ou na condição de mandatário, pode votar matéria que lhe diga respeito diretamente”), e no § 2.º do art. 1.078 (proibição de os administradores e membros do Conselho Fiscal deliberarem sobre as próprias contas).

¹⁵³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, v. 3, p. 382-383. Em outra passagem, anota: “Quando o aparato estatal é utilizado para garantir a permanência de empresas insolventes inviáveis, opera-se uma inversão inaceitável: o risco da atividade empresarial transfere-se do empresário para os seus credores (Lynn Lo Pucki, apud Jordan-Warren, 1985:657)” (idem, p. 234).

¹⁵⁴ Cf. GALGANO, Francesco. *Il nuovo diritto societario*, p. 233.

¹⁵⁵ V. o nosso *Conflito de interesses nas assembléias de S/A*, p. 65 (*in fine*)-67.

¹⁵⁶ V., sobre a classificação das deliberações de assembléia, o nosso *Invalidade das deliberações de assembléia das S/A*, p. 41-52. Cf. ainda SCHMIDT, Karsten. *Direito societário (Gesellschaftsrecht)*, p. 436.

¹⁵⁷ V. ASCARELLI, Tullio. *Rivista delle Società*, 1956, v. 1, p. 104-105, e SCHMIDT, Karsten. *Direito societário (Gesellschaftsrecht)*, p. 436.

uma norma como a do art. 286 da Lei de S/A, que prevê, *como regra geral*, a anulabilidade das deliberações. Mas, de algumas disposições isoladas do Código Civil, pode-se verificar ter sido seguida a regra da anulabilidade, a saber: os § 3.º e 4.º, combinados, do art. 1.078, e o art. 48 e seu parágrafo único. Os dois primeiros prevêem que a aprovação, sem reservas, das demonstrações financeiras ali mencionadas, exonera de responsabilidade os administradores e os membros do Conselho Fiscal, extinguindo-se em dois anos o direito de *anular* tal deliberação.¹⁵⁸ Os dois últimos, referentes às pessoas jurídicas em geral, dispõem que, se a pessoa jurídica tiver administração coletiva, as decisões se tomarão, em princípio, pela maioria de votos dos presentes, decaindo em três anos o direito de *anular* tais decisões, quando violarem a lei ou estatuto, ou forem eivadas de erro, dolo, simulação ou fraude.¹⁵⁹ O que se pode extrair desses dispositivos é que, *em se tratando de deliberações coletivas*, o Código Civil adota sempre a regra da *anulabilidade*, como ocorre, aliás, nas legislações dos mais diversos países. Com amparo na lei supletiva, é lícito concluir, assim, que as deliberações das assembleias de credores estão sujeitas também à regra geral da anulabilidade.¹⁶⁰

110.3.2.1 Mérito das deliberações

O juiz exerce um controle de legalidade ou legitimidade das deliberações da Assembleia, não um controle de mérito.¹⁶¹ As deliberações de Assembleia, aliás, não precisam ser motivadas, sendo tomadas de acordo com critérios de conveniência ou oportunidade. Desde que tenham sido observadas todas as formalidades legais, e não haja votos viciados decisivos para a formação da maioria, o conteúdo das deliberações escapa ao controle jurisdicional.

110.3.2.2 Prazo para anulação

Qual o prazo para requerer a anulação das deliberações? Deve-se recorrer ao disposto no art. 179 do CC: “Quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de 2 (dois) anos, a contar da data da conclusão do ato”. Entendemos, porém, que o prazo deve ser contado da intimação da juntada aos autos da ata da Assembleia de credores (§ 7.º, do art. 37, da Lei 11.101) – que é a data em que se dá *publicidade* à deliberação. O prazo é de *decadência* (art. 178, *caput*, c/c art. 179 do CC). Tal prazo, de 2 anos, como já tivemos oportunidade de observar com relação às deliberações societárias,¹⁶² está em aberta dessintonia com a maioria das legislações contemporâneas, e é, por idênticas razões – a necessidade de estabilidade

¹⁵⁸ Regras semelhantes colhem-se no § 3.º, do art. 134, c/c o art. 286 da Lei de S/A.

¹⁵⁹ O art. 286 da Lei 6.404/1976, que constitui reprodução quase *ipsis litteris* do art. 155 do Dec.-lei 2.627/1940, fonte do parágrafo único do art. 48 do Código Civil, assim dispõe: “A ação para anular as deliberações tomadas em assembleia geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, violadoras da lei ou do estatuto, ou eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação prescreve em 2 (dois) anos, contados da deliberação”.

¹⁶⁰ O que não impede possam ocorrer deliberações nulas, como a que atente contra a ordem pública ou os bons costumes, aprovando medidas que constituam fraude ao direito de credores, por exemplo (art. 166, II, do CC). Sobre as hipóteses de nulidade absoluta das deliberações das assembleias das companhias, v. o nosso *Invalidez das deliberações de assembleia das S/A*, p. 97-111; sobre as de ineficácia, ver p. 111-113.

¹⁶¹ Cf. o nosso *Conflito de interesses nas assembleias de S/A*, p. 45-47. V., outrossim, GALGANO, FRANCESCO. *Il nuovo diritto societario*, p. 232.

¹⁶² Cf. o nosso *Invalidez das deliberações de assembleia das S/A*, p. 69, nota 7. Recentemente, v. o estudo que publicamos na RDM 134/12, sob o título Lineamentos da reforma societária do direito italiano em matéria de invalidez das deliberações assembleares, especialmente p. 13, nota 3.

das deliberações assembleares –, insuportavelmente longo para requerer a anulação das deliberações das assembleias de credores. Deveria ser de 30 ou 60 dias, no máximo.

110.3.3 Vícios da Assembleia

Fiquemos naqueles que acarretam a invalidade da própria Assembleia: irregularidade da convocação ou instalação. A Assembleia é convocada, por exemplo, com prazo inferior ao da Lei 11.101 (art. 36). Qual o vício que a afetará: nulidade ou anulabilidade? Veja-se, aí, a imprevidência e insensibilidade do legislador falimentar. O Código Civil, lei supletiva, não contém uma regra como a do art. 286 da Lei de S/A, que prevê expressamente, para a hipótese de convocação ou instalação irregular, a anulabilidade. E o art. 166, V, do Código Civil diz ser nulo o negócio jurídico, quando “for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade”. Talvez se possa argumentar que a solenidade se deu, embora de forma irregular, e que, tal como no regime das deliberações, a violação da lei não acarreta a nulidade, mas somente a anulabilidade, como o está a demonstrar o art. 286 da Lei de S/A. Pois, do contrário, sendo certo que a nulidade não convalesce (art. 169 do CC), corre-se o risco de a recuperação judicial ou a falência serem encerradas por sentença (arts. 63 e 156 da Lei 11.101) e, anos após, instaurar-se uma pendência sobre a convocação ou instalação de uma assembleia de credores...¹⁶³ Entendemos ser plenamente aplicável às Assembleias de credores, todavia, o § 2.º, do art. 1.072, do Código Civil, que dispensa a convocação quando todos os interessados comparecerem à Assembleia ou se declararem, por escrito, cientes do local, data, hora e ordem do dia. Já o § 3.º do mesmo artigo, que dispensa a realização do conclave quando todos os interessados decidirem, por escrito, sobre a matéria que dele seria objeto, é de duvidosa aplicação a uma Assembleia de credores, pois o administrador judicial pode ter um papel relevante no encaminhamento das discussões entre os participantes, no curso do conclave.

110.4 Legitimação para agir

110.4.1 Legitimação ativa

Salvo eventual hipótese de nulidade, a legitimação para anular a Assembleia ou suas deliberações compete, em princípio, ao credor que votou contrariamente, ou àquele que se absteve de votar no conclave, seja declaradamente, seja por estar ausente. Em caso de determinados *vícios do voto*, evidentemente, deve-se admitir a impugnação por parte do credor que tenha votado favoravelmente à realização da Assembleia, ou às suas deliberações.¹⁶⁴ Também está legitimado a propor a ação anulatória, a nosso ver, o credor sem direito de voto, se lhe foi sonogado o direito de participar do conclave ou da discussão que nele se travou (arts. 39, § 1.º, 43 e 45, § 3.º da Lei 11.101).¹⁶⁵ O Ministério Público, ocorrendo eventual

¹⁶³ O que demonstra a necessidade de urgente revisão da teoria das invalidades da Assembleia e de suas deliberações, por nós reclamada em diversos escritos, o último dos quais mencionado na nota anterior.

¹⁶⁴ Isto só ocorre nas hipóteses de alguns *vícios do consentimento* (erro, dolo, coação) ou *de incapacidade do votante* (não se admitiria, com efeito, que a simulação pudesse ser alegada, por exemplo, pelo credor que a tivesse praticado), e desde que o voto proferido pelo errante, pelo coacto ou pelo incapaz tenha contribuído, de forma decisiva, para a formação da maioria.

¹⁶⁵ V. outras hipóteses acerca de legitimação para agir com relação às assembleias das companhias, que poderiam ser aplicadas analogicamente, no nosso *Invalidade das deliberações de assembleia das S/A*, p. 118-126.

hipótese de *nulidade*, também está legitimado a propor a ação, o mesmo se podendo dizer do administrador judicial (art. 168 do CC). Nesse último caso, aliás – demanda movida pelo administrador judicial –, parece-nos que o juiz deverá nomear curador especial para representar a massa falida, em face da colisão de interesses (arg. *ex vi* do art. 9.º, I, do CPC). Em se cuidando da *ineficácia* das deliberações assembleares, legitimados a agir serão, em princípio, aqueles a cujo consentimento a lei atribui a produção de efeitos do ato, ou seja, os credores ou terceiros mencionados no subitem 109.1, acima.

110.4.2 Legitimação passiva

A legitimada passiva para as ações relativas à invalidade ou ineficácia da Assembléia e suas deliberações, na falência, é a *coletividade dos credores* (massa falida subjetiva), representada pelo administrador judicial (art. 22, III, *c e n*, da Lei 11.101). Mas, e na recuperação judicial, de quem é a legitimação passiva? Eis outro grave problema, deixado sem solução expressa pelo legislador. Na recuperação judicial, a comunhão dos credores não tem um órgão que a represente, como na falência. Estão previstos apenas órgãos deliberativos (Assembléia e Comitê de Credores, cf. arts. 35 e 27, respectivamente) e um órgão excepcional (o gestor judicial, cf. art. 35, I, *e*, *c/c* art. 65). É problemático sustentar que, por analogia, o administrador judicial representaria, também aqui, aquela coletividade, mas, a não ser assim, deverão ser citados *todos* os credores, indistintamente, para a ação de anulação (inclusive os ausentes, que poderão, mesmo assim, ter interesse na manutenção das deliberações). Ademais, no caso de anulação de deliberações que tenham aprovado o plano de recuperação ou o pedido de desistência do devedor (arts. 35, I, *a e d*), deverá este, obviamente, figurar como litisconsorte passivo necessário (art. 47 do CPC).

110.5 Conseqüências da invalidação da Assembléia e de suas deliberações

Há que distinguir entre as deliberações de Assembléia e os atos com base nela praticados. A anulação das deliberações não acarreta automaticamente a daqueles atos (e o art. 39, § 3.º, comentado mais adiante, indiretamente o demonstra). Se foi praticado um ato com base na deliberação, deve-se requerer *também* a anulação do ato. Isso traz o grave problema de se saber qual o meio adequado para atacar a sentença que concedeu a recuperação judicial ou decretou a falência, com base em deliberação viciada da Assembléia de credores (arts. 58 e 56, § 4.º, respectivamente). Parece-nos que tal sentença tem natureza homologatória da vontade coletiva dos credores,¹⁶⁶ podendo ser objeto de anulação como os atos jurídicos em geral, nos termos do art. 486 do CPC.¹⁶⁷

¹⁶⁶ Os artigos mencionados dispõem, imperativamente: “Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz *concederá* a recuperação judicial do devedor cujo plano [...] tenha sido aprovado pela assembléia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei” (o juiz, portanto, após uma verificação dos aspectos formais, fica adstrito a conceder a recuperação); “Art. 56 [...] § 4.º Rejeitado o plano de recuperação pela assembléia-geral de credores, o juiz *decretará* a falência do devedor”. E, ainda, determina também imperativamente o art. 73, I: “Art. 73. O juiz *decretará* a falência durante o processo de recuperação judicial: I – *por deliberação da Assembléia-Geral de Credores*, na forma do art. 42 desta Lei”. Observe-se, por fim, que o art. 59, § 1.º, classifica a decisão que conceder a recuperação como título judicial, “nos termos do art. 584, III, do *caput* da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil”, ou seja, como “sentença homologatória de conciliação ou transação [...]” (art. 584, III, *cit.*). Ressalte-se que, com a reforma decorrente da Lei 11.232/2005, o citado art. 584, III, foi revogado, tendo como dispositivo correspondente o art. 475-N, III, do CPC.

¹⁶⁷ Esclareça-se que, nas diversas legislações, a questão da invalidade da assembléia de credores e de suas deliberações é tratada de forma diferente. Na lei falimentar alemã, por exemplo, não é prevista

- Art. 35.** A assembléia-geral de credores terá por atribuições deliberar sobre:
- I – na recuperação judicial:
- a) aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor;
 - b) a constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição;
 - c) (Vetado.)
 - d) o pedido de desistência do devedor, nos termos do § 4º do art. 52 desta Lei;
 - e) o nome do gestor judicial, quando do afastamento do devedor;
 - f) qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores;
- II – na falência:
- a) (Vetado.)
 - b) a constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição;
 - c) a adoção de outras modalidades de realização do ativo, na forma do art. 145 desta Lei;
 - d) qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores.

ERASMO VALLADÃO A. E N. FRANÇA

111. *Caput*: competência da Assembléia-Geral de Credores

O art. 35 dispõe sobre a competência da Assembléia-Geral de Credores na recuperação judicial (inc. I) e na falência (inc. II). Há de se entender que, como a Lei 11.101

a invalidade, mas tão-somente a revogação da deliberação (*Aufhebung des Beschlusses*), que deve ser requerida de imediato ao juiz (ou ao *Rechtspfleger*, espécie de pretor) que preside a assembléia, na hipótese de a deliberação ser contrária ao interesse comum dos credores (§ 78, 1, da *Insolvenzordnung* – Lei falimentar alemã). Da concessão ou denegação do requerimento cabe recurso ao tribunal (§ 78, 2). Isto não quer dizer, todavia, que não caiba a declaração de nulidade absoluta (*Nichtigkeit*) ou ineficácia (*Unwirksamkeit*) da própria assembléia ou de suas deliberações. Doutrina e jurisprudência consideram nula, por exemplo, a assembléia cuja convocação não obedeceu as formalidades legais; nulas seriam, de outra parte, as deliberações sobre matéria não constante da ordem do dia, ou contrárias a uma proibição legal ou aos bons costumes (cf. os §§ 134 e 138 do BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch* [Código Civil Alemão]). A nulidade ou ineficácia da assembléia ou da deliberação, não sendo pleiteada ao juiz no próprio conclave, poderia ser objeto, a qualquer tempo, de declaração incidente ou, então, de ação declaratória (*Feststellungsklage*), com fundamento no § 256 da ZPO (*Zivilprozessordnung* – Código de Processo Civil alemão). Doutrina e jurisprudência entendem, todavia, descaber a anulabilidade (*Anfechtbarkeit*) da assembléia ou de suas deliberações. Considera-se que, além de não ter a lei previsto a anulabilidade, as medidas previstas no supracitado § 78, 1 e 2, da *Insolvenzordnung*, já protegeriam suficientemente os interesses dos credores (muito embora o pedido de revogação da deliberação contrária ao interesse comum dos credores só possa ser solicitado na própria assembléia, o que afasta, portanto, a possibilidade de ser formulado posteriormente, por um credor ausente). Interessante é notar que as hipóteses de violação de proibição de voto (*Stimmverbot*), bem como a de determinado credor ter sido ilegalmente impedido de votar (desde que, bem entendido, a inclusão ou exclusão dos respectivos créditos tenha sido determinante para a formação da maioria), também acarretam, segundo doutrina e jurisprudência, a nulidade absoluta da deliberação, e não a anulabilidade, sob o fundamento de que a proclamação do resultado da deliberação da assembléia, incluindo o voto viciado ou excluindo o voto legítimo, não teria qualquer eficácia constitutiva (cf., a respeito de todos esses pontos, o detalhado exame de UHLENBRUCK, Wilhelm. *Insolvenzordnung*, § 74, n. 14, p. 1.252/1.253, § 76, n. 26, p. 1.269, e § 77, n. 8, p. 1.273-1.274; v., ainda, EHRICKE, Ulrich. *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, § 74, n. 45, p. 1.641, e § 76, ns. 33 e 34, p. 1.664; KIND, Thomas, *Insolvenzordnung*, § 76, ns. 15 a 17, p. 463; KELLER, Ulrich, *Insolvenzrecht*, n. 469, p. 162-163).

criou órgãos diversos, com distintas funções, para agir em prol do interesse coletivo dos credores (v. comentário de n. 107 à Seção IV, *supra*), suas competências, salvo disposição expressa em contrário, são indelegáveis.

112. Inciso I – Na recuperação judicial

112.1 *Aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor*

Havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor, deverá o juiz convocar a Assembleia-Geral de Credores (cf. art. 56, que contém disposição imperativa: “Havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz *convocará* a Assembleia-Geral de Credores...”). Para a modificação do plano, é necessário o consentimento do devedor (art. 56, § 3.º). V., outrossim, comentários ao art. 45.

112.2 *A constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição*

O Comitê de Credores é órgão facultativo (art. 28) e a sua constituição se dá, necessariamente, pela Assembleia-Geral de Credores. A escolha e a substituição dos membros do Comitê, excepcionalmente, pode se dar independentemente de Assembleia (art. 26, § 2.º).¹⁶⁸ V., outrossim, comentários aos arts. 41 e 44.

112.3 *Dispositivo vetado (alínea c do inciso I)*

O dispositivo vetado atribuída à Assembleia o poder de deliberar sobre a substituição do administrador judicial e a indicação de seu substituto. O Ministério da Justiça, nas razões da aposição de veto encaminhadas ao Presidente da República, entendeu que tal dispositivo conflitava com o disposto nos arts. 52, I e 23, parágrafo único, que atribuem ao juiz o poder de, respectivamente, nomear e destituir o administrador judicial. Com o veto, argumentou-se, estará afastada, “(...) de plano, a possibilidade de que seja nomeada para o encargo pessoa que não seja da confiança do juízo”.

112.4 *O pedido de desistência do plano de recuperação judicial*

O pedido de desistência do plano de recuperação judicial, se formulado *após* a decisão que deferir o processamento da recuperação, dependerá da aprovação da Assembleia-Geral de Credores, nos termos do § 4.º do art. 52.

112.5 *O nome do gestor judicial, quando do afastamento do devedor*

Normalmente, o devedor ou seus administradores são mantidos na administração da empresa, durante a recuperação judicial (art. 64, *caput*). Mas, nas hipó-

¹⁶⁸ Refletindo melhor sobre esse ponto, passamos a entender, diferentemente do que expressamos na primeira edição destes comentários, que apenas a *nomeação* e a *substituição* dos membros do Comitê de Credores podem se dar fora da Assembleia, nas condições previstas no art. 26, § 2.º, mas não a *constituição* daquele órgão, ante o disposto no art. 26, *caput*, c/c o art. 35, I, b e II, b.

teses previstas nos incisos I a VI do art. 64, os administradores serão destituídos pelo juiz (parágrafo único do mesmo artigo), caso em que deverá ser convocada a Assembléia-Geral de Credores para nomear um gestor judicial para administrar a empresa (art. 65).

112.6 *Qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores*

Há matérias, porém, que são da competência do Comitê de Credores (art. 27, I e II), e sobre as quais, se este não estiver em funcionamento, competirá ao administrador judicial, ou, na incompatibilidade deste, ao juiz deliberar (art. 28).

113. Inciso II – Na falência

113.1 *Dispositivo vetado (alínea a, do inciso II)*

V. comentário à alínea c, do inciso I deste art. 35.

113.2 *A constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição*

V. comentário à alínea b, do inciso I deste art. 35.

113.3 *A adoção de outras modalidades de realização do ativo*

A realização do ativo se dá normalmente mediante leilão, por lances orais, propostas fechadas, ou pregão (art. 142). Mas a Assembléia pode aprovar outra modalidade de realização do ativo, como a constituição de sociedade de credores (já prevista na lei anterior, cf. art. 123, § 1.º, do Dec.-lei 7.661/1945) ou de empregados do próprio devedor, por exemplo (art. 145). Para tal aprovação é necessário quórum especial (v. comentário ao art. 46, a seguir).

113.4 *Qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores*

Há matérias, porém, que são da competência do Comitê de Credores (art. 27, I), e sobre as quais, se este não estiver em funcionamento, competirá ao administrador judicial, ou, na incompatibilidade deste, ao juiz deliberar (art. 28).

Art. 36. A assembléia-geral de credores será convocada pelo juiz por edital publicado no órgão oficial e em jornais de grande circulação nas localidades da sede e filiais, com antecedência mínima de 15 (quinze) dias, o qual conterá:

I – local, data e hora da assembléia em primeira e em segunda convocação, não podendo esta ser realizada menos de 5 (cinco) dias depois da primeira;

II – a ordem do dia;

III – local onde os credores poderão, se for o caso, obter cópia do plano de recuperação judicial a ser submetido à deliberação da assembléia.

§ 1º Cópia do aviso de convocação da assembléia deverá ser afixada de forma ostensiva na sede e filiais do devedor.

§ 2º Além dos casos expressamente previstos nesta Lei, credores que representem no mínimo 25% (vinte e cinco por cento) do valor total dos créditos de uma determinada classe poderão requerer ao juiz a convocação de assembléia-geral.

§ 3º As despesas com a convocação e a realização da assembléia-geral correm por conta do devedor ou da massa falida, salvo se convocada em virtude de requerimento do Comitê de Credores ou na hipótese do § 2º deste artigo.

ERASMO VALLADÃO A. E N. FRANÇA

114. Imprescindibilidade da convocação

A Assembléia-Geral de Credores, como se disse (v. comentário de n. 107 à Seção IV, supra), tem por função formar e expressar a vontade coletiva da comunhão de credores, e, para tanto, deve obedecer a um *procedimento* – seqüência preordenada de atos – estabelecido na Lei 11.101. O ato inicial e imprescindível deste procedimento é a *convocação*. Imprescindível porque as deliberações coletivas vinculam todo o grupo – inclusive os ausentes. Esta é a regra, claramente estabelecida no direito comum, no § 5.º, do art. 1.072, do Código Civil: “As deliberações tomadas de conformidade com a lei e o contrato vinculam todos os sócios, ainda que ausentes ou dissidentes”. Na hipótese da comunhão de credores, idêntico efeito se verificará: os credores ausentes ou dissidentes ficarão vinculados às deliberações da Assembléia-Geral de Credores (arts. 42, 44 c/c 26, 45 e 46, da Lei 11.101). Mas, para tanto, devem ser convocados, pois, como obtempera Fábio Konder Comparato, “seria, com efeito, *aberrante* que todos os componentes do *collegium* (...) ficassem vinculados por declarações coletivas de vontade às quais não tiveram acesso”.¹⁶⁹

115. A competência para convocação da Assembléia é exclusiva do juiz

Somente ao juiz compete convocar a Assembléia-Geral de Credores, seja de ofício (v.g., art. 99, XII), seja a requerimento de credores que representem, no mínimo, 25% de cada classe (art. 36, § 2.º, c/c art. 52, § 2.º), do Comitê de Credores (art. 27, I, e), ou do administrador judicial (art. 22, I, g).¹⁷⁰

116. Forma de convocação

A convocação se dá por edital publicado no órgão oficial e em jornais de grande circulação, prevalecendo, aqui, a regra especial do art. 36, *caput*, em face daquela estabelecida no art. 191, *caput*, eis que o intento do legislador é dar a mais ampla publicidade possível da realização da Assembléia para os credores. Deve sempre ser observado, todavia, o mandamento contido no parágrafo único do art. 191: “As publicações ordenadas nesta Lei conterão a epígrafe ‘recuperação judicial de’, ‘recuperação extrajudicial de’ ou ‘falência de’”.

117. Prazo de convocação

O prazo previsto para a convocação da Assembléia-Geral de Credores é de direito *material*, e não de direito processual. Não se trata, evidentemente, de ato que deva ser

¹⁶⁹ Cf. parecer intitulado Eleição de diretores em companhia aberta. Validade e eficácia de reuniões do conselho de administração de sociedade anônima. *Quorum* deliberativo em assembléias gerais de companhia aberta. COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial: estudos e pareceres*, p. 185; destaques nossos.

¹⁷⁰ A assembléia dos credores só se constitui como *órgão* se convocada pelo magistrado (EHRICKE, Ulrich. *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, § 74, n. 20, p. 1.632).

praticado pela parte, no processo, mas sim de realização de conclave que deliberará sobre matéria respeitante ao interesse dos credores¹⁷¹ (muito embora o processo falimentar tenha por finalidade precípua, pelo menos em linha de princípio, a tutela de outros interesses também, que sobrelevam até aquele: v. arts. 47 e 75). O prazo de quinze dias será contado, assim, de acordo com a regra do art. 132, *caput*, do Código Civil, excluído o dia do começo e computado o do vencimento (que poderá ser o da própria Assembléia¹⁷²), sempre da primeira publicação do anúncio de convocação (art. 1.152, § 3.º, do CC). O início do prazo, que flui continuamente, dá-se, outrossim, mesmo em domingos e feriados (exemplificativamente, se a publicação for feita no sábado, o prazo começa a correr no domingo), eis que regra diversa vige exclusivamente para os prazos processuais, por razões peculiares aos processos judiciais (inexistência de expediente forense naqueles dias). Não há impedimento, ademais, para que a Assembléia se realize também em domingos e feriados¹⁷³ – o que poderá até facilitar o comparecimento do maior número de credores.

118. Inciso I – Local, data e hora da Assembléia em primeira e em segunda convocação, não podendo esta ser realizada menos de 5 (cinco) dias depois da primeira

A Lei 11.101 não contém determinação expressa a respeito, mas, em princípio, parece ser mais adequado que a Assembléia se realize na sede do devedor, se o estabelecimento, obviamente, não tiver sido lacrado (art. 109) e comportar o número de credores que possa comparecer. Tal providência, inclusive, evitará eventuais despesas com aluguel de local para realização do conclave. O anúncio deverá indicar desde logo, outrossim, as datas de primeira e segunda convocações, observando-se o prazo de cinco dias entre aquela e esta, que deverá ser contado na forma indicada no comentário de n. 116 ao *caput* deste artigo.

119. Inciso II – A ordem do dia

A ordem do dia deve especificar claramente as matérias que serão objeto de deliberação na Assembléia, pois destina-se a cientificar previamente os credores do que será discutido no conclave, a fim de que possam refletir a respeito e não sejam tomados de surpresa.¹⁷⁴ A deliberação que vier a se realizar sobre matéria não constante da ordem do dia é, por esse motivo, anulável.¹⁷⁵

¹⁷¹ Na lei anterior, v., sobre a Assembléia para deliberar sobre a realização do ativo, MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, v. 29, § 3.432, p. 326 e ss.

¹⁷² Nesse sentido, v., na lei anterior, MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, v. 29, § 3.431, n. 2, p. 319, *in fine*. V., ainda, no mesmo sentido, com relação à contagem do prazo para as assembleias de S/A, TEIXEIRA, Egberto Lacerda e GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*, v. 1, p. 392-393, e CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, v. 2, p. 557.

¹⁷³ Cf. BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Comentários à Lei das S/A*, v. 2, p. 598, item 4.

¹⁷⁴ V., nesse sentido, LACERDA, J. C. Sampaio de. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, v. 3, p. 51.

¹⁷⁵ Cf. o nosso *Invalidez das deliberações de assembleia das S/A*, p. 93, nota 61, com citação de doutrina e jurisprudência (RT 688/67).

120. Inciso III – Local onde os credores poderão, se for o caso, obter cópia do plano de recuperação judicial a ser submetido à deliberação da Assembléia

Em se tratando de Assembléia convocada para deliberar sobre o plano de recuperação (art. 56), é necessário que, no próprio anúncio de convocação, se indique o local onde os credores poderão obter cópia do plano, sob pena de, futuramente, vir a ser requerida a anulação do conclave (os credores não disporão do prazo mínimo de quinze dias, previsto no *caput* deste artigo, para refletir sobre o plano; v., ainda, os comentários ao inciso II, *supra*).

121. § 1.º: cópia do aviso de convocação

O dispositivo reflete a preocupação do legislador em proporcionar aos credores a mais ampla publicidade possível acerca do local, data e hora da Assembléia.

122. § 2.º: requerimento da convocação de assembléia-geral por credores

Além dos credores, como se disse, a convocação da Assembléia poderá ser requerida ao juiz pelo Comitê de Credores (art. 27, I, *e*) e pelo administrador judicial (art. 22, I, *g*). A efetiva convocação, entretanto, é ato privativo do juiz (art. 36, *caput*).

123. § 3.º: despesas com a assembléia-geral

O devedor em recuperação ou a massa falida somente respondem pelas despesas de convocação se esta se der *ex officio*, pelo juiz (v.g., art. 99, XII), ou a requerimento do administrador judicial (art. 22, I, *g*).

Art. 37. A assembléia será presidida pelo administrador judicial, que designará um secretário dentre os credores presentes.

§ 1º Nas deliberações sobre o afastamento do administrador judicial ou em outras em que haja incompatibilidade deste, a assembléia será presidida pelo credor presente que seja titular do maior crédito.

§ 2º A assembléia instalar-se-á, em primeira convocação, com a presença de credores titulares de mais da metade dos créditos de cada classe, computados pelo valor, e, em segunda convocação, com qualquer número.

§ 3º Para participar da assembléia, cada credor deverá assinar a lista de presença, que será encerrada no momento da instalação.

§ 4º O credor poderá ser representado na assembléia-geral por mandatário ou representante legal, desde que entregue ao administrador judicial, até 24 (vinte e quatro) horas antes da data prevista no aviso de convocação, documento hábil que comprove seus poderes ou a indicação das folhas dos autos do processo em que se encontre o documento.

§ 5º Os sindicatos de trabalhadores poderão representar seus associados titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho que não comparecerem, pessoalmente ou por procurador, à assembléia.

§ 6º Para exercer a prerrogativa prevista no § 5º deste artigo, o sindicato deverá:

I – apresentar ao administrador judicial, até 10 (dez) dias antes da assembléia, a relação dos associados que pretende representar, e o trabalhador que conste da relação de mais de um sindicato deverá esclarecer, até 24 (vinte e quatro) horas antes da assembléia, qual sindicato o representa, sob pena de não ser representado em assembléia por nenhum deles; e

II – (*Vetado*.)

§ 7º Do ocorrido na assembléia, lavrar-se-á ata que conterà o nome dos presentes e as assinaturas do presidente, do devedor e de 2 (dois) membros de cada uma das classes votantes, e que será entregue ao juiz, juntamente com a lista de presença, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

ERASMO VALLADÃO A. E N. FRANÇA

124. Presidente e secretário da Assembléia

De acordo com a lei anterior, a Assembléia era presidida pelo juiz (art. 122, § 2.º, do Dec.-lei 7.661/1945). A Lei 11.101 delegou essa atribuição ao administrador judicial, que escolherá qualquer um dos credores presentes para secretariá-lo em suas tarefas (leitura da ordem do dia, cômputo dos votos, lavratura da ata etc.).

125. Poderes do presidente da Assembléia

O presidente dirigirá os trabalhos da Assembléia, que normalmente (i) se inicia pela leitura da ordem do dia; (ii) prossegue com a discussão e votação de cada uma das matérias constantes da ordem do dia; e (iii) encerra-se com a proclamação das deliberações tomadas e a lavratura da ata. Ao presidente competirá verificar a legitimação dos credores, antes que assinem a lista de presença. Para facilitar o cômputo do *quorum*, será conveniente que, ao lado da assinatura de cada credor, conste o valor de seu(s) crédito(s), de acordo com a respectiva classificação (atendendo-se também ao disposto no art. 41, § 2.º). Como o *quorum* de instalação das assembléias é sempre calculado por classe de credores (v. § 2.º deste art. 37 c/c arts. 41 ou 26, *caput*, I a III), parece-nos inevitável que o secretário da Assembléia elabore relações de credores em separado, de acordo com a classe respectiva, para evitar confusão no momento da apuração. Pelo mesmo motivo, devem ser segregados em relação separada aqueles credores cujos créditos não são considerados para fins do cálculo do *quorum* de instalação ou deliberação (arts. 39, § 1.º, 43 e seu parágrafo único, e 45, § 3.º). Encerrada a assinatura da lista e verificado o *quorum* de instalação (§ 2.º deste art. 37, c/c arts. 41 ou 26, *caput*, I a III), o presidente declarará instalada a Assembléia e dará início aos trabalhos. Em princípio, deve ser seguida a ordem das matérias constantes do anúncio de convocação, debatendo-se e votando-se cada uma delas, mas nada impede que, se uma deliberação não depender da votação prévia de outra, e se disso não resultar prejuízo aos participantes, seja a ordem invertida. Entende-se que, na direção dos trabalhos, o presidente de uma Assembléia pode limitar o tempo de cada participante no encaminhamento e discussão das matérias, bem como excluir do recinto aquele que praticar atos que “puderem ser caracterizados como crimes ou contravenções, ou atentarem contra o decoro, inclusive por motivos de embriaguez ou manifesta insanidade mental”, mas não por excessos verbais ou pela apresentação de protestos veementes, eis que tais desbordamentos são naturais quando há dissídio no conclave.¹⁷⁶ A lei anterior atribuía ao presidente da Assembléia – que, como se disse, era o juiz –, o poder de “vetar as deliberações dos credores contrárias às disposições desta Lei” (art. 122, § 2.º, do Dec.-lei 7.661/1945). O controle de legalidade das deliberações era exercido, assim, durante o próprio desenrolar do conclave, mas por um magistrado.

¹⁷⁶ Cf. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, v. 2, p. 614-616.

A Lei 11.101, significativamente, silenciou a respeito, pois nos parece evidente que tal ampla função não pode ser exercida pelo administrador judicial ou por eventual credor que presidir a Assembléia (v. § 1.º deste art. 37). Poderá e deverá o presidente do conclave, sim, deixar de computar os votos daqueles credores que estão expressamente impedidos de votar pela lei (arts. 39, § 1.º, 43 e parágrafo único, e 45, § 3.º), mas não lhe competirá vetar os votos dos credores em razão de seu conteúdo – sujeito, exclusivamente, ao controle judicial. Não poderá o presidente da Assembléia, outrossim, a nosso ver, deixar de computar o voto de algum credor sob pretexto da ocorrência de conflito formal de interesses, inclusive porque a lei supletiva não proíbe o voto nesta hipótese (v. comentário de n. 109.3.1.2 à Seção IV, supra). Finalmente, não nos parece que das decisões do presidente caiba qualquer “recurso” à Assembléia,¹⁷⁷ eis que o presidente não está ali exercendo poderes delegados pelos credores, mas sim representando o juiz.

126. Adiamento da Assembléia

Pode ser que haja necessidade de adiamento da Assembléia, se, por qualquer motivo, os trabalhos não puderem ser encerrados no mesmo dia. O problema que surge, então, é o seguinte: haveria necessidade de publicação de nova convocação, mesmo que a Assembléia já delibere sobre a data da continuação?¹⁷⁸ Os comentaristas das sucessivas leis de sociedades por ações divergem a esse respeito. Valverde, sob o regime do Dec.-lei 2.627/1940, entendia ser indispensável a publicação de nova convocação.¹⁷⁹ Cunha Peixoto entendia diversamente.¹⁸⁰ Sob o regime da Lei de S/A vigente, Fran Martins manifesta-se pela imprescindibilidade da publicação de nova convocação.¹⁸¹ Igualmente, Carvalhosa¹⁸² e Roberto Barcellos de Magalhães.¹⁸³ Parece-nos que, em face das características de uma Assembléia-Geral de Credores, realizada na pendência de um processo de recuperação ou falimentar, cuja celeridade é determinada pela própria lei (art. 75, parágrafo único), tudo acrescido da circunstância de normalmente não se poder dispor de dinheiro suficiente para gastar em publicações, a solução teria que ser casuística. Imagine-se que os trabalhos da Assembléia se estendam até tarde da noite. Por que razão não poderia ela deliberar sua continuação no dia imediato, economizando-se, assim, tempo e dinheiro? Até seria recomendável que, prevendo tal possibilidade, em se tratando de uma Assembléia com numerosos credores, conste da própria convocação que, não sendo possível encerrar os trabalhos no mesmo dia, a Assembléia prosseguirá no dia subsequente ou daí a alguns dias, conforme deliberar a própria Assembléia, independentemente de nova convocação.¹⁸⁴

¹⁷⁷ Contra: COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*, p. 93.

¹⁷⁸ Pontes de Miranda, sob a égide da lei de falências anterior (Dec.-lei 7.661/1945), sustentava ser desnecessária nova convocação, argumentando com o art. 270 do CPC/1939, que autorizava o juiz a adiar a audiência, marcando nova data “independentemente de novas intimações” (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, v. 29, § 3.431, n. 3, p. 322). Em face da Lei 11.101, todavia, essa opinião não mais prevalece, eis que não é o juiz, mas sim o administrador judicial, que preside a Assembléia.

¹⁷⁹ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades por ações*, v. 2, n. 472, p. 138-139.

¹⁸⁰ PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. *Sociedades por ações*, v. 3, p. 106.

¹⁸¹ MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, v. 2, t. I, p. 231-232.

¹⁸² CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, p. 686.

¹⁸³ MAGALHÃES, Roberto Barcellos de. *Lei das S/A*, n. 696, p. 549.

¹⁸⁴ Na lei falimentar alemã, a dispensa de convocação em caso de adiamento do conclave é expressa (§ 74, 2, da *Insolvenzordnung*).

127. § 1.º: deliberações sobre afastamento do administrador

A primeira hipótese desse parágrafo remanesceu em razão de um cochilo do Executivo, ao exercer o direito de veto com relação aos incs. I, alínea *c*, e II, alínea *a*, do art. 35, que previam ser da competência da Assembléia-Geral de Credores a substituição do administrador judicial e a eleição de seu substituto, na recuperação judicial e na falência, respectivamente. Com o veto àqueles dispositivos, inexistem deliberações da Assembléia de credores sobre o afastamento do administrador judicial, eis que tal ato compete exclusivamente ao juiz (v. as razões do veto, no comentário ao art. 35, inc. I, *c*). Carvalho de Mendonça entendia incompatibilizar-se para presidir uma Assembléia “aquele que tiver interesse pessoal, direto na deliberação”.¹⁸⁵

128. § 2.º: instalação em primeira convocação

128.1 *Credores computados para o quorum de instalação*

A interpretação conjugada do presente dispositivo e dos arts. 39, *caput* e § 1.º, e 43 (v. adiante), leva à conclusão de que somente serão computados para fins do *quorum* de instalação os credores mencionados no *caput* do art. 39. Ou seja, muito embora qualquer credor possa comparecer e discutir as matérias submetidas à deliberação da Assembléia (direito de voz), somente serão computados para efeito do *quorum* de instalação aqueles credores que estejam autorizados a votar (com a única ressalva do art. 45, § 3.º).

128.2 *Quorum de instalação em primeira e segunda convocações*

Para fins do *quorum* de instalação da Assembléia, em primeira convocação, calcula-se sempre separadamente o *quorum* de cada classe de credores, de acordo com os valores dos créditos de cada uma delas. Somente para fins de *quorum* de deliberação, há uma hipótese específica em que os titulares de créditos de natureza trabalhista ou acidentária votam por cabeça, independentemente do valor de seus créditos (art. 45, § 2.º). Registre-se que as classes de credores estão definidas no art. 41, I a III, mas, para constituição do Comitê de Credores, as classes previstas no art. 26, I a III são diversas. Dessa forma, para instalação de Assembléia convocada exclusivamente para a constituição do Comitê, prevalece a regra especial do art. 26. Em segunda convocação, a Assembléia se instala com qualquer número de credores presentes (o que não quer dizer que possa, sempre, deliberar com qualquer número, eis que a Lei 11.101 prevê casos de *quorum* especial de deliberação: v. comentários ao art. 42). Se a Assembléia se instalar com *quorum* inferior ao legal, desobedecendo ao preceito imperativo da lei, poderá ser anulada, caindo, em consequência, todas as suas deliberações. Trata-se, com efeito, de vício de assembléia (v. comentários de ns. 110.3 e 110.3.3 à Seção IV, supra).

129. § 3.º: lista de presença

O intento do legislador transparece claramente nesse dispositivo: as deliberações da Assembléia devem ser tomadas em contraditório, com a presença dos credores interessados. Mais se acentua, ainda, tal intento, quando se considera que, mesmo aos credores sem direito de voto (art. 39, § 1.º, 43 e parágrafo único, e 45, § 3.º), a Lei 11.101

¹⁸⁵ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito comercial brasileiro*, v. 4, p. 26.

assegurou direito de voz – ou seja, de debater as matérias objeto de deliberação. Não pode ser admitido, assim, o voto por correspondência, telegrama, telefone, fax, e-mail etc. Não cuidou a lei, outrossim – poderia tê-lo feito, como ocorreu na reforma do direito societário italiano –, da possibilidade de realização da Assembléia por videoconferência, muito embora a eventualidade de fraudes seja maior aí. De outra parte, declarada a instalação da Assembléia, nenhum credor poderá mais ingressar no recinto, devendo ser encerrada a lista de presença. Do contrário, a todo momento teria de ser novamente verificado o *quorum* de deliberação.

130. § 4.º: representação do credor

130.1 Mandatário

Inexiste dúvida, aqui, quanto ao conceito de mandatário, que pode ser qualquer um, maior e capaz, constituído para tal, ou o advogado do credor, um e outro, a nosso ver, *com poderes para transigir ou renunciar*, se isso for necessário (na aprovação do plano de recuperação judicial, por exemplo, a transigência será praticamente inevitável, não podendo o voto ser exercido, assim, por mandatário com poderes gerais – art. 661, § 1.º, do CC – nem simplesmente *ad judicium* – art. 692 do CC c/c art. 38 do CPC e 5.º, § 2.º, do Estatuto da Advocacia – Lei 8.906/1994). Valverde entendia não haver impedimento para que o próprio falido pudesse ser mandatário de algum credor: “É questão de confiança, na qual não é lícito a lei interferir”.¹⁸⁶ Pelo mesmo diapasão afinava Pontes de Miranda.¹⁸⁷

130.2 Representante legal

Mas, o que se deve entender por representante legal nesse parágrafo? Somente os pais, tutores ou curadores, com relação aos créditos dos filhos menores, pupilos ou curatelados, ou igualmente o representante legal – *rectius*, “presentante” legal – das pessoas jurídicas? O representante legal das pessoas jurídicas, como se sabe, não guarda para com esta uma relação de representação, como no mandato, mas sim de *órgão*. Não há uma duplicidade de pessoas, como sucede na representação convencional: de um lado o mandante, de outro o mandatário. O representante legal das pessoas jurídicas, no dizer expressivo de Pontes de Miranda, *presenta* a pessoa jurídica.¹⁸⁸ Esta se faz presente, nos atos jurídicos, pelo seu órgão da administração. Não obstante essa distinção, todavia, há de se atender aqui à intenção da lei ao estabelecer o aludido prazo mínimo de 24 horas¹⁸⁹ anteriores à Assembléia, que nos parece perfeitamente clara: evitar que o administrador judicial, no dia do conclave, fique a conferir, antes da assinatura da lista de presença, contratos sociais, atas de assembleias, atas de conselhos de administração, estatutos de associações e fundações etc. etc., para verificar se o indivíduo que ali comparece tem poderes para “presentar” a pessoa jurídica credora... De modo que, a nosso

¹⁸⁶ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 2, n. 762, p. 258.

¹⁸⁷ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, v. 29, § 91, § 3.431, n. 3, p. 323.

¹⁸⁸ Idem, *ibidem*, v. 1, § 91, p. 389.

¹⁸⁹ Segundo o art. 132, § 4.º, do CC, “Os prazos fixados por hora contar-se-ão de minuto a minuto”. Dessa forma, para que o credor possa ser representado em uma assembleia designada para determinado dia, às 12 horas, deverá cumprir o disposto no comentado § 4.º, do art. 37, até as 12 horas do dia anterior à assembleia.

ver, a exigência contida nesse parágrafo se aplica igualmente ao representante legal das pessoas jurídicas,¹⁹⁰⁻¹⁹¹ bem como ao do condomínio e dos credores de obrigação solidária ou indivisível,¹⁹² e ainda ao agente fiduciário dos debenturistas (art. 68, § 3.º, *d*, da Lei 6.404/1976).¹⁹³ A confirmar essa interpretação, registre-se que o mencionado prazo de 24 horas tanto se impõe para entrega, ao administrador judicial, de documento hábil que comprove os poderes do mandatário ou representante legal, como para indicação das folhas dos autos em que o mesmo se encontre – muito embora me pareça que os autos devam estar no recinto da Assembléia, para o esclarecimento de eventuais dúvidas que surgirem.¹⁹⁴ Não faz sentido também que o administrador judicial, na hora da realização do conclave, fique a “caçar” documentos nos autos... O administrador judicial da massa falida, o inventariante do espólio, o tutor e o curador de credor, por fim, não poderão praticar atos que representem renúncia ou transigência de direitos, sem autorização do juiz (cf., respectivamente, arts. 22, § 3.º da Lei 11.101; 992 do CPC; 1.748, III, e 1.774, do CC).¹⁹⁵ Já o liquidante de sociedade credora pode transigir (art. 1.105 do CC).

131. §§ 5.º e 6.º: representação por sindicato

O disposto nos §§ 5.º e 6.º do art. 37 atende à mesma preocupação do legislador, explanada nos comentários ao § 4.º, supra, de evitar que, no momento mesmo da assinatura da lista de presença dos credores comparecentes à Assembléia, fique o administrador judicial a examinar documentos para verificar quem representa qual credor.¹⁹⁶ O inciso

¹⁹⁰ No mesmo sentido: BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova Lei de Recuperação e Falências comentada*, p. 117. Contrariamente, sem atentar, a nosso ver, para a *mens legis*: COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*, p. 95-96.

¹⁹¹ Em decisão liminar no Agravo de Instrumento 452.892.4/6-00, da Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças assegurou a participação do Estado de São Paulo, representado por seus procuradores, nas Assembléias de Credores, “bastando a apresentação de sua carteira funcional antes do início do conclave”. Mas acrescentou: “Para fins do art. 37, § 4.º, o Estado de São Paulo deverá apresentar ao Administrador, com até 24 horas de antecedência, petição indicando o(s) nome(s) do procurador(es) que irá representar o Governo paulista”.

¹⁹² Pontes de Miranda entendia que, se os credores solidários se apresentassem na Assembléia e não houvesse a indicação de um representante entre eles que votasse por todos, estaria legitimado a votar o primeiro que tivesse assinado a lista de presença (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, v. 29, § 3.431, n. 3, p. 324). Mas não havia, na lei anterior, disposição semelhante à do parágrafo que estamos comentando.

¹⁹³ Confira-se interessante julgado da Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, relatado pelo Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, publicado na *JTJ* 298/466, em que se reconheceu a um “agente fiduciário de contrato de emissão de títulos negociáveis”, figura assemelhada ao agente fiduciário dos debenturistas, o direito de participar, “com voz e voto”, nas assembléias de credores.

¹⁹⁴ “(...) desde que entregue ao administrador judicial, até 24 (...) horas antes da data prevista no aviso de convocação, documento hábil que comprove seus poderes ou a indicação das folhas dos autos do processo em que se encontre o documento”.

¹⁹⁵ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 2, n. 762, p. 258; MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, v. 29, § 3.431, n. 3, p. 323.

¹⁹⁶ A 4.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no Agravo de Instrumento 2005.002.22516, relator o Juiz substituto Paulo Maurício Pereira, entendeu, à unanimidade, todavia, que o sindicato, nos termos do art. 8.º, III, da CF, representa toda a categoria e não apenas os trabalhadores associados, exclusão feita àqueles que estejam presentes no conclave.

II do § 6.º, vetado, dizia: “Comunicar aos associados por carta que pretende exercer a prerrogativa do § 5.º deste artigo”. As razões para a oposição de veto foram as seguintes: “A disposição contida no art. 37, § 6.º, II, que condiciona a representação sindical à prévia comunicação a seus associados, por carta, da intenção de representá-los é burocrática e desnecessária, servindo apenas para restringir ainda mais a atuação sindical, uma vez que o § 5.º do mesmo artigo determina que o sindicato representará somente os trabalhadores que não comparecerem à Assembléia, garantindo, pois, a participação direta daqueles que não desejarem ser representados por sua entidade sindical.

“Ademais, o dispositivo abre perigosa possibilidade de impugnação da legitimidade da representação dos sindicatos e, por conseqüência, da própria Assembléia-Geral, pois será difícil ter em mão milhares de comprovantes de recebimento ou de postagem para provar que todos os milhares de trabalhadores foram devidamente comunicados por carta de que o sindicato pretende cumprir seu dever de defender os interesses da categoria”.

132. § 7.º: lavratura de ata

A Lei 11.101 não determina muito claramente de que forma se lavrará a ata, em especial se o poderá ser sob a forma de sumário dos fatos ocorridos, com o registro das eventuais dissidências e protestos dos credores, e com a autenticação, pela mesa (no caso, administrador judicial e secretário), de cópias das declarações de voto e protestos apresentados pelos credores, como permite, por exemplo, a Lei de S/A (art. 130, *caput* e § 1.º, da Lei 6.404/1976). A nosso ver, contudo, nada impede a lavratura da ata sob forma de sumário, que se destina a facilitar e agilizar os trabalhos do conclave e não traz prejuízo a ninguém. A preocupação do legislador em facilitar e agilizar os trabalhos se verifica, por exemplo, na previsão de que, para validade da ata, bastam as assinaturas do presidente (nem é necessária a do secretário), do devedor e de apenas dois membros de cada uma das classes de credores votantes. A publicidade da ata se faz pela juntada aos autos, não sendo necessária a sua publicação, com o que se evitam despesas. Registre-se, por fim, que a existência de uma ata não é considerada condição de validade, mas sim de eficácia das deliberações tomadas na Assembléia.¹⁹⁷

Art. 38. O voto do credor será proporcional ao valor de seu crédito, ressalvado, nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, o disposto no § 2º do art. 45 desta Lei.

Parágrafo único. Na recuperação judicial, para fins exclusivos de votação em assembléia-geral, o crédito em moeda estrangeira será convertido para moeda nacional pelo câmbio da véspera da data de realização da assembléia.

ERASMO VALLADÃO A. E N. FRANÇA

133. *Caput*: voto proporcional ao crédito

Nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial – e somente nessa hipótese –, a proposta deverá ser aprovada, na classe dos titulares de créditos derivados da legislação

¹⁹⁷ V., a respeito, o nosso *Invalidade das deliberações de assembléia das S/A*, p. 93, nota 43, com boa notícia bibliográfica.

do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho (art. 41, I), pela maioria simples dos credores presentes, ou seja, por cabeça (*one man, one vote*), independentemente do valor de seu crédito (art. 45, § 2.º). Nas demais deliberações, o voto será proporcional ao valor do crédito, ressalvando-se, todavia, que, nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, nas classes previstas nos incisos II e III do art. 41 exige-se maioria qualitativa (de acordo com o valor dos créditos) e quantitativa (por cabeça), nos termos do § 1.º do art. 45.

134. Parágrafo único: conversão do crédito firmado em moeda estrangeira

A moeda estrangeira tem um valor de venda e um valor de compra. Entendemos que o câmbio deverá ser calculado, salvo diversa estipulação no contrato, pelo *valor de venda*, que é o valor, afinal, que servirá para saldar a dívida. Na falência, a conversão se faz pelo câmbio da data da decisão que a decretar, “para todos os efeitos desta Lei” (art. 77).

Art. 39. Terão direito a voto na assembléia-geral as pessoas arroladas no quadro-geral de credores ou, na sua falta, na relação de credores apresentada pelo administrador judicial na forma do art. 7º, § 2º, desta Lei, ou, ainda, na falta desta, na relação apresentada pelo próprio devedor nos termos dos arts. 51, incisos III e IV do *caput*, 99, inciso III do *caput*, ou 105, inciso II do *caput*, desta Lei, acrescidas, em qualquer caso, das que estejam habilitadas na data da realização da assembléia ou que tenham créditos admitidos ou alterados por decisão judicial, inclusive as que tenham obtido reserva de importâncias, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 10 desta Lei.

§ 1º Não terão direito a voto e não serão considerados para fins de verificação do *quorum* de instalação e de deliberação os titulares de créditos excetuados na forma dos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei.

§ 2º As deliberações da assembléia-geral não serão invalidadas em razão de posterior decisão judicial acerca da existência, quantificação ou classificação de créditos.

§ 3º No caso de posterior invalidação de deliberação da assembléia, ficam resguardados os direitos de terceiros de boa-fé, respondendo os credores que aprovarem a deliberação pelos prejuízos comprovados causados por dolo ou culpa.

ERASMO VALLADÃO A. E N. FRANÇA

135. Voto

V. comentários ao § 3.º do art. 37.

136. Credores constantes das sucessivas relações de credores

Ao requerer a recuperação judicial, ou a sua própria falência, o devedor deverá apresentar a relação dos seus credores (cf., respectivamente, arts. 51, III e 105, II). No caso de falência requerida por terceiro, a sentença que a decretar deverá determinar que o falido apresente, no prazo máximo de 5 dias, a relação dos credores, sob pena de desobediência (art. 99, III, *c/c* 104, XI). Em qualquer uma dessas hipóteses, a relação dos credores – trata-se da *primeira* relação, como se verá a seguir – deverá ser publicada (art. 52, § 1.º, II e art. 99, parágrafo único, *c/c* 107). Após essa publicação, começa a correr o prazo de 15 dias para habilitação ou divergência quanto aos créditos relacionados, a

ser apresentada ao administrador judicial (art. 7.º, § 1.º). Com base nos livros e documentos do devedor e naqueles apresentados pelos credores por ocasião das habilitações e divergências, o administrador judicial elaborará e fará publicar uma *segunda* relação de credores (art. 7.º, § 2.º). Dessa publicação, começará a correr o prazo de 10 dias para impugnação a essa segunda relação, *a ser apresentada ao juiz*, “apontando a ausência de qualquer crédito, ou manifestando-se contra a legitimidade, importância ou classificação de crédito relacionado” (art. 8.º). Com base na segunda relação de credores e nas decisões judiciais proferidas nas impugnações a ela ofertadas, o administrador judicial consolidará, por fim, o Quadro-Geral de Credores (art. 18) – que constituirá, portanto, uma *terceira* relação. Inexistindo, outrossim, qualquer impugnação à segunda relação, será ela própria homologada como Quadro-Geral de Credores (art. 14). Pois bem. O art. 39, *caput*, determina que estarão habilitados a votar, conforme o caso, os credores constantes do Quadro-Geral de Credores (se já tiver sido elaborado), ou aqueles constantes da segunda relação de credores (se já tiver sido elaborada), ou, em última hipótese, aqueles constantes da primeira relação de credores.

137. Credores habilitados ou com créditos admitidos ou alterados

Também terão direito a voto os credores que estiverem habilitados, ou que tiverem créditos admitidos ou alterados por decisão judicial, por ocasião da realização da Assembléia. Com efeito, permite o parágrafo único do art. 17 que, na hipótese de ter sido rejeitada sua habilitação ou impugnação pelo juiz, pleiteie o credor recorrente ao relator do recurso – que é o de agravo,¹⁹⁸ cf. art. 17 – seja determinada a inscrição ou modificação do valor ou classificação do seu crédito, “para fins de exercício de voto em Assembléia-Geral” (parágrafo único do art. 17). Concedida antecipadamente a tutela recursal nessa hipótese, portanto, o credor poderá exercer o direito de voto no conclave. *Quid juris*, porém, se, por ocasião da Assembléia, não foi o juiz ainda, mas sim o administrador judicial que não reconheceu o crédito, na relação de que trata o art. 7.º, § 2.º? Entendemos que a mesma providência – inscrição ou modificação do valor ou classificação do crédito, “para fins de exercício de voto em Assembléia-Geral” – pode ser requerida cautelarmente ao juiz.

138. Credores que tenham obtido reservas

Mesmo os credores de quantia ilíquida, portanto, poderão participar da Assembléia, desde que tenham obtido reservas (art. 6.º, § 1.º e § 3.º c/c art. 39, *caput*). O seu voto será computado, naturalmente, pelo valor estimado pelo juiz (art. 6.º, § 3.º). Trata-se de inovação, pois na lei anterior entendia-se que o credor de quantia ilíquida, muito embora pudesse comparecer ao conclave, não poderia votar.¹⁹⁹

139. Credores retardatários

Na recuperação judicial, com exceção dos titulares de créditos derivados da relação de trabalho, não têm direito de voto os credores retardatários (art. 10, § 1.º). O mesmo ocorre na falência, salvo se, na data da realização da Assembléia-Geral, já houver sido

¹⁹⁸ Em face das alterações trazidas pela Lei 11.187/2005, deve-se esclarecer que, o agravo, na hipótese, é obviamente de instrumento e não retido (cf. as exceções previstas nos arts. 522 e 527, II, do CPC, com a redação que lhes deu a lei referida).

¹⁹⁹ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 2, n. 762, p. 258.

homologado o Quadro-Geral de Credores contendo o crédito retardatário (art. 10, § 2.º). Para que esta última disposição não soe como supérflua, deve-se entender que, mesmo constando o crédito retardatário no Quadro-Geral de Credores (art. 39, primeira parte), seu titular não terá direito de voto antes da respectiva *homologação*. Os credores retardatários não terão direito de voto ainda que tenham obtido reserva de bens: “Terão direito a voto na Assembléia-Geral as pessoas [...] que tenham obtido reserva de importâncias, observado o disposto nos §§ 1.º e 2.º do art. 10 desta Lei”.²⁰⁰

140. Cessão do crédito e negociação do direito de voto

Não pode haver dúvidas de que a cessão do crédito, regularmente realizada, transfere ao cessionário o direito de voto nas assembleias de credores, seja nos processos de recuperação judicial, seja nos de falência. O que não se admite é a negociação do direito de voto: “O voto é a expressão do crédito, e, por isso, dele inseparável. Não é, consequentemente, possível negociar o direito de voto”.²⁰¹ Vale dizer: pode-se ceder o crédito (e com ele o voto), mas não é possível separar uma coisa da outra.

A perplexidade que surgiu nestes primeiros tempos de aplicação da lei resultou da idéia de que, se se ceder um crédito em múltiplas parcelas, poder-se-á influenciar no resultado do *quorum* quantitativo exigido para a aprovação da recuperação judicial (art. 45, § 1.º). Mas, se for este o caso, a cessão terá sido, então, *fraudulentamente* realizada, tendo o juiz meios para coarctar a fraude. O que não se pode é, de antemão, proibir a participação do cessionário do crédito sob a presunção de que teria ocorrido fraude, impedindo-o de exercer o lido direito de votar, que decorre do crédito que lhe foi cedido.²⁰² Ainda mais levando-se em conta ser perfeitamente natural – e usual – que o credor de um devedor em recuperação judicial, descrente do bom sucesso desta, ceda o seu crédito (normalmente com significativo deságio, é verdade) a quem queira correr o *risco* de seu incerto recebimento – e que, por mais essa razão, não deverá ser impedido de votar.

141. § 1.º: créditos excetuados

O dispositivo é aplicável unicamente às Assembleias que se realizarem durante a recuperação judicial, pois os créditos apontados – decorrentes de alienação fiduciária, arrendamento mercantil, promessa de venda e compra de imóvel com cláusula de irrevogabilidade ou irretroatividade, contrato de venda com reserva de domínio e adiantamento a contrato de câmbio para exportação – não se submetem aos seus efeitos (art. 49, §§ 3.º e 4.º). Dessa forma, seus titulares, muito embora possam comparecer à Assembléia e discutir as matérias submetidas à deliberação (direito de voz), não poderão votá-las. Também não serão considerados para verificação do *quorum* de instalação.

²⁰⁰ No direito anterior, v. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, v. 29, § 3.431, n. 3, p. 321.

²⁰¹ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 2, n. 764, p. 259, destaques nossos; MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito privado*, v. 29, p. 342.

²⁰² Nos Agravos de Instrumento 429.567-4/0-00 e 429.570.4/3-00, da Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ambos relatados pelo Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, reconheceu-se, corretamente e à unanimidade, o direito de endossatário de notas promissórias (no primeiro julgado) e de cessionário de crédito (no segundo julgado) de votar nas assembleias de credores. Naquele primeiro recurso, sustentou-se absurdamente, inclusive, que o direito de votar seria “atributo destinado ao credor original e personalíssimo”, quando a própria lei, a bem pensar, não autoriza essa interpretação. O art. 49, com efeito, dispõe estarem “sujeitos à recuperação judicial *todos os créditos* existentes na data do pedido, ainda que não vencidos”. Não são, assim, os *credores* existentes na data do pedido que estão a ela sujeitos...

142. § 2.º: não invalidação de decisões da assembleia

V. comentários de ns. 110 a 110.5 à Seção IV, sobre invalidade da Assembleia e suas deliberações. O dispositivo sob comentário deve ser interpretado em termos que conduzam a um sentido ético que se presume sempre buscado pelo legislador. O que se deve entender é que as deliberações da Assembleia-Geral não serão invalidadas *pelo só fato* de ocorrer uma decisão judicial posterior acerca da existência, quantificação ou classificação de créditos. O que não quer dizer que, verificada posteriormente, por decisão judicial, a existência, por exemplo, de um crédito forjado, que tenha sido determinante para a deliberação de aprovação de uma recuperação judicial absolutamente inviável, com a nomeação de um gestor judicial conluído com o devedor etc., não possam os interessados requerer a anulação da deliberação.

143. § 3.º: resguardo dos direitos de terceiros

Esse dispositivo está em consonância com as mais modernas concepções a respeito dos efeitos da invalidade das deliberações assembleares perante terceiros, de há muito consagrada, por exemplo, na legislação societária de diversos países (arts. 2.377 e 2.379 do Código Civil italiano; art. 61.º, n. 2 da Lei das Sociedades Comerciais portuguesa). Como se sabe, no direito comum vige solução oposta: a boa-fé do terceiro não tem relevância para o efeito de impedir a invalidação do negócio jurídico. Os terceiros, entendidos como tais “as pessoas que adquiriram das próprias partes direitos sobre os bens restituídos em consequência da nulidade do contrato”, são atingidos por força do princípio segundo o qual ninguém pode transferir mais direitos do que tem.²⁰³ Pois, em se tratando de deliberações assembleares, a solução é outra: se o terceiro agiu de boa-fé, não será atingido com base em atos praticados em decorrência da execução da deliberação anulada.²⁰⁴ Mas os credores que aprovaram a deliberação serão responsabilizados pelos prejuízos – comprovados, enfatiza a Lei 11.101 – causados por dolo ou culpa.²⁰⁵

Art. 40. Não será deferido provimento liminar, de caráter cautelar ou antecipatório dos efeitos da tutela, para a suspensão ou adiamento da assembleia-geral de credores em razão de pendência de discussão acerca da existência, da quantificação ou da classificação de créditos.

ERASMO VALLADÃO A. E N. FRANÇA

Esse artigo tem sido injustamente apodado de inconstitucional, em razão de suposta violação ao art. 5.º, XXXV, da Carta Magna (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”). Injustamente, porque a Lei 11.101 *assegura aos credores* – na hipótese de discussão acerca da existência, da quantificação ou da classificação de créditos

²⁰³ Cf. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*, v. 1, p. 510; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, Parte Geral, p. 279.

²⁰⁴ Prevista no plano de recuperação a venda de maquinário de propriedade do devedor, por exemplo, a anulação da deliberação de aprovação do plano não acarretará a invalidação da compra daquele maquinário efetuada de boa-fé por terceiro.

²⁰⁵ Por essa razão – responsabilização dos credores pelo exercício do voto –, não pode ser admitido o voto secreto na Assembleia, ainda quando fossem todos os créditos do mesmo valor, ou computados os votos independentemente do valor dos créditos, tal como se dá na hipótese do § 2.º do art. 45.

– a participação na Assembléia. Com efeito, se o juiz deixa de reconhecer um crédito, ou quantifica-o abaixo do valor pretendido pelo credor, ou ordena a sua classificação em outra classe, o credor poderá agravar,²⁰⁶ prevendo o parágrafo único do art. 17, que, “recebido o agravo, o relator poderá conceder efeito suspensivo à decisão que reconhece o crédito ou determinar a inscrição ou modificação do seu valor ou classificação no Quadro-Geral de Credores, para fins de exercício de direito de voto em Assembléia-Geral”. Assegurada ficará, assim, a participação do credor no conclave.²⁰⁷ O que a Lei 11.101 salutarmente proíbe é que, em razão de discussão acerca de crédito, venha a ser ordenada a suspensão ou adiamento da Assembléia – medidas que não fariam nenhum sentido se, por outro meio, já se possibilita que o credor participe da mesma. Assim como poderá o credor impugnante de crédito, por exemplo, em caso de rejeição da impugnação, solicitar ao Tribunal que dê efeito suspensivo ao agravo da decisão que reconhecer o crédito (parágrafo único do art. 17), impedindo, assim, o voto do credor impugnado na Assembléia, sem necessidade de suspender ou adiar o conclave. Não tem o artigo em questão, assim, nenhuma eiva de inconstitucionalidade.

Art. 41. A assembléia-geral será composta pelas seguintes classes de credores:

I – titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho;

II – titulares de créditos com garantia real;

III – titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados.

§ 1º Os titulares de créditos derivados da legislação do trabalho votam com a classe prevista no inciso I do *caput* deste artigo com o total de seu crédito, independentemente do valor.

§ 2º Os titulares de créditos com garantia real votam com a classe prevista no inciso II do *caput* deste artigo até o limite do valor do bem gravado e com a classe prevista no inciso III do *caput* deste artigo pelo restante do valor de seu crédito.

ERASMO VALLADÃO A. E N. FRANÇA

144. *Caput*: composição da assembléia-geral

Sublinhe-se, uma vez mais, que as classes de credores previstas no art. 26, I, II e III – para eleição do Comitê de Credores – são diversas das classes previstas no art. 41. Para aquela eleição, portanto, prevalece a disposição especial do art. 26. De outra parte, a classificação dos créditos está prevista no art. 83 da Lei.

145. §§ 1.º e 2.º: créditos da legislação do trabalho e credores com garantia real

145.1 *Titulares de créditos com garantia real*

Para se entender o disposto no § 1.º do art. 41, é necessário ler-se, antes, o § 2.º c/c o art. 83, I e VI, c. Os titulares de créditos com garantia real votam com a classe respectiva

²⁰⁶ Agravo de instrumento, conforme se salientou na nota 177a supra.

²⁰⁷ Nessa mesma linha, poderá aquele cujo crédito não foi admitido, outrossim, pleitear provimento cautelar ou antecipatório que lhe permita *impugnar o plano de recuperação* (art. 55: “Qualquer credor poderá manifestar ao juiz sua objeção ao plano de recuperação (...)”) – ato lógica e necessariamente antecedente, sem o qual não haverá nem sequer Assembléia (art. 56, *caput* c/c 58, *caput*).

(inc. II do *caput*) até o limite do bem gravado (pressupõe-se que pelo valor constante da escritura de hipoteca ou do contrato de penhor, se houver, eventualmente corrigido até a data do pedido de recuperação judicial ou falência – assim como ocorre com o valor dos créditos, cf. art. 9.º, II; ou, em caso de já ter sido alienado o bem, pelo valor de venda, na forma do § 1.º do art. 83; ou, em última hipótese, na falência, pelo valor da avaliação feita pelo administrador judicial, cf. art. 22, III, g). Pelo restante do valor dos seus créditos, votam eles com a classe dos quirografários (inc. III do *caput*).

145.2 Titulares de créditos derivados da legislação do trabalho

Já os titulares de créditos derivados da legislação do trabalho votam exclusivamente com a classe respectiva (inc. I do *caput*), muito embora seus créditos só sejam assim classificados até o limite de 150 salários mínimos (art. 83, I), sendo, no restante, classificados como quirografários (art. 83, VI, c).²⁰⁸

Art. 42. Considerar-se-á aprovada a proposta que obtiver votos favoráveis de credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembléia-geral, exceto nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial nos termos da alínea a do inciso I do *caput* do art. 35 desta Lei, a composição do Comitê de Credores ou forma alternativa de realização do ativo nos termos do art. 145 desta Lei.

ERASMO VALLADÃO A. E N. FRANÇA

146. Quorum geral e especial de deliberação

A regra geral relativa ao *quorum* de deliberação, portanto, é a constante da primeira parte do artigo: mais da metade do valor total dos créditos presentes à Assembléia-Geral.²⁰⁹ De acordo com a regra geral, portanto, não se computam os créditos de acordo com cada classe, como ocorre com o *quorum* de instalação (v. art. 37, § 2.º). Há, porém, as hipóteses de *quorum especial*

²⁰⁸ Esclareça-se que tais dispositivos estão sendo questionados na ADIn 3424-3, cujos autos se encontram conclusos com o Min. Ricardo Lewandowski, para apreciação de medida liminar, desde 17.03.2006, já com parecer da Procuradoria Geral da República pela improcedência do pedido (informação do *site* do STF de 19.12.2006).

²⁰⁹ Ou seja, constantes da lista de presença, “que será encerrada no momento da instalação” (art. 37, § 3.º), com o claro fito de evitar que, a todo momento, seja necessário verificar o *quorum* deliberativo, como se disse. Dessa forma, parece-nos que tal *quorum*, seja o geral, sejam os *quorums* especiais, adiante referidos, calcula-se sempre de acordo com os créditos constantes na lista de presença e não de acordo com aqueles constantes no momento em que for tomada a deliberação. O legislador optou por um critério mais prático e mais seguro. Inexiste, outrossim, na Lei 11.101 – o que denota a mesma preocupação de evitar a verificação de *quorum* a todo instante –, regra semelhante à do art. 129 da Lei de S/A, segundo a qual não se computam, para o cálculo da maioria, os votos em branco (incluídos aí os votos dos que se abstiveram ou daqueles que votaram fora da matéria em pauta, cf. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, v. 2, p. 619 e nota 331, citando Cunha Peixoto; e, ainda, LACERDA, J. C. Sampaio de. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, v. 3, p. 75-76). Tal regra, de resto, também não existe no Código Civil. Se o credor votou em branco ou se absteve, não aprovou a proposta (mas, nada obstante, uma vez que não há qualquer *dever* de o credor votar, não poderá ele, nessa hipótese, ser responsabilizado por eventuais perdas e danos decorrentes do exercício do voto, para o que seria exigível, a nosso ver, uma ação comissiva de sua parte).

de deliberação, constantes dos arts. 35 (votação por classe), 26 c/c 44 (votação por classe) e 46 c/c 145 (votação pelo valor dos créditos presentes, independentemente de classe).

147. Empate na deliberação

A lei anterior previa que, na hipótese de empate na deliberação, prevaleceria a decisão do grupo que reunisse maior número de credores (art. 122, § 3.º, do Dec.-lei 7.661/1945). A Lei 11.101 silenciou a respeito, o que nos parece significativo. Não se consegue compreender, com efeito, qual a razão de várias leis terem previsto essa esdrúxula hipótese, pelo simples argumento de que, se houve empate, *não se alcançou a maioria necessária à aprovação da deliberação*; conseqüentemente, a deliberação foi *rejeitada*. Assim se deve interpretar, a nosso ver, a exclusão da hipótese de empate na Lei 11.101: ocorrendo este, não se terá atingido *mais da metade* do valor total dos créditos presentes à Assembléia-Geral, considerando-se, assim, rejeitada a proposta levada à votação. Não se pode aplicar, subsidiariamente, pois, o disposto no art. 1.010, § 2.º, do CC.²¹⁰

Art. 43. Os sócios do devedor, bem como as sociedades coligadas, controladoras, controladas ou as que tenham sócio ou acionista com participação superior a 10% (dez por cento) do capital social do devedor ou em que o devedor ou algum de seus sócios detenham participação superior a 10% (dez por cento) do capital social, poderão participar da assembléia-geral de credores, sem ter direito a voto e não serão considerados para fins de verificação do quórum de instalação e de deliberação.

Parágrafo único. O disposto neste artigo também se aplica ao cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, colateral até o segundo grau, ascendente ou descendente do devedor, de administrador, do sócio controlador, de membro dos conselhos consultivo, fiscal ou semelhantes da sociedade devedora e à sociedade em que quaisquer dessas pessoas exerçam essas funções.

ERASMO VALLADÃO A. E N. FRANÇA

148. *Caput*: participação de sócios, coligadas, controladoras e controladas

As pessoas mencionadas neste artigo poderão comparecer à Assembléia desde que sejam, concomitantemente, credoras do devedor. Com efeito, seria um absurdo que a Lei assegurasse a participação, em uma Assembléia de credores, de centenas de acionistas de uma sociedade anônima, por exemplo, só pelo fato de serem sócios da devedora.²¹¹

²¹⁰ Curiosamente, no direito alemão ocorreu exatamente o mesmo que em nosso direito. A antiga lei falimentar regulava a hipótese de empate nas deliberações, o que a nova deixou de fazer. Daí também ali se entender que deve prevalecer o princípio geral segundo o qual, havendo empate, é de se ter como rejeitada a deliberação (cf. UHLENBRUCK, Wilhelm. *Insolvenzordnung*, § 76, n. 22, p. 1.267).

²¹¹ V. a propósito, o disposto no art. 83, § 2.º, da Lei 11.101. Não nos parece aceitável, *de lege lata*, muito embora possa ser recomendável *de lege ferenda*, a opinião, respeitabilíssima, de SALOMÃO FILHO, Calixto, no item 1.3.1 da Introdução aos presentes comentários, segundo a qual, na recuperação judicial, os sócios minoritários da sociedade devedora estariam autorizados a participar das assembléias de credores, abrangidos que estariam entre os titulares de créditos subordinados, conforme previsto no inciso III do art. 41. Se na falência, em que a sociedade está *dissolvida* (arts. 1.044, 1.051, I, 1.087 e 1.090, do CC, e 206, II, c, da Lei de S/A), não são eles considerados credores subordinados, eis que não podem opor à massa “os valores decorrentes de direito de sócio ao recebimento de sua parcela do capital social na liquidação da sociedade”, *a fortiori* não poderão assim ser considerados na recuperação judicial, em que a sociedade não está dissolvida (e cujo objetivo é, justamente, evitar tal ocorrência).

O disposto no art. 163, § 3.º, II, da Lei 11.101, confirma essa interpretação. Ali se diz: “Não serão computados os créditos detidos pelas pessoas relacionadas no art. 43 deste artigo” (*sic*: deveria ser “desta Lei”). Tal exegese é confirmada, outrossim, pela própria exclusão formal do direito de voto (só credor tem voto em Assembléia de credores), em razão da suspeição decorrente da proximidade das pessoas arroladas no artigo com o devedor. Não obstante a exclusão do direito de voto, todavia, poderão elas comparecer à Assembléia e discutir as matérias sujeitas à deliberação (direito de voz), mas não serão consideradas para fins de verificação do *quorum* de instalação e de deliberação. Registre-se, por fim, que a conceituação de sociedades coligadas, controladoras e controladas deve ser buscada, conforme o caso, na Lei de S/A (art. 243, §§ 1.º e 2.º), ou no Código Civil (arts. 1.097 a 1.100).

149. Parágrafo único: participação de cônjuge, parente ou afim

Pelas mesmas razões expostas no comentário ao *caput* deste artigo, as pessoas mencionadas no parágrafo único só poderão comparecer à Assembléia se, concomitantemente, forem credoras do devedor. Lembre-se, a propósito, que o cônjuge do devedor pode ser, inclusive, credor de alimentos, uma vez que a Lei 11.101 não exclui tais créditos da falência, como ocorria anteriormente (art. 23, parágrafo único, I, do Dec.-lei 7.661/1945). Parece-me que, por identidade de motivação (suspeição decorrente da proximidade resultante do casamento ou do parentesco), estaria também inibido o voto do credor convivente. Tais pessoas poderão comparecer ao conclave e discutir as matérias sujeitas à deliberação (direito de voz), mas não terão direito a voto e não serão consideradas para fins de verificação do *quorum* de instalação e de deliberação. O conceito de sócio controlador deve ser buscado no art. 116 da Lei de S/A. O Código Civil só contém o conceito de sociedade controladora (art. 1.098). A Lei 11.101 procurou ser abrangente e incluiu os membros de conselhos consultivos (art. 160 da Lei de S/A), fiscal (art. 161 e ss. da Lei de S/A; 1.066 e ss. do CC) “ou semelhantes”.

Art. 44. Na escolha dos representantes de cada classe no Comitê de Credores, somente os respectivos membros poderão votar.

ERASMO VALLADÃO A. E N. FRANÇA

Na constituição do Comitê de Credores pela Assembléia, o *quorum* deliberativo é calculado por cada classe de credores prevista no art. 26, I a III (maioria dos créditos em cada classe). A não indicação de representante por uma das classes não impede a constituição do Comitê (§ 1.º do art. 26). Relembre-se que as classes estabelecidas para a constituição do Comitê não coincidem com as do art. 41.

Art. 45. Nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, todas as classes de credores referidas no art. 41 desta Lei deverão aprovar a proposta.

§ 1º Em cada uma das classes referidas nos incisos II e III do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembléia e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes.

§ 2º Na classe prevista no inciso I do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito.

§ 3º O credor não terá direito a voto e não será considerado para fins de verificação de quórum de deliberação se o plano de recuperação judicial não alterar o valor ou as condições originais de pagamento de seu crédito.

ERASMO VALLADÃO A. E N. FRANÇA

150. *Caput*: deliberações sobre plano de recuperação judicial

Todavia, mesmo que o plano não obtenha a aprovação de todas as classes de credores, o juiz poderá conceder a recuperação judicial, se preenchidos os requisitos estipulados nos §§ 1.º e 2.º do art. 58. É o que, no direito norte-americano, se denomina de *cram down*.

151. § 1.º: aprovação da proposta por credores com garantia real e quirografários

O *quorum* aqui, portanto, é qualitativo e quantitativo – maioria dos créditos e dos credores em cada uma das classes apontadas.²¹²⁻²¹³

152. § 2.º: aprovação da proposta por credores da legislação do trabalho

Os credores da classe referida no inc. I do art. 41 (titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente do trabalho) têm regra própria. O *quorum* aqui é exclusivamente quantitativo: votam os credores por cabeça (*one man, one vote*), independentemente do valor dos seus créditos.

153. § 3.º: credores excluídos do *quorum*

Na hipótese enfocada, o crédito em questão é computado apenas para fins do *quorum* de instalação, mas não de deliberação. Parte o legislador do discutível pressuposto de que ao credor faltaria interesse na deliberação sobre o plano.

Art. 46. A aprovação de forma alternativa de realização do ativo na falência, prevista no art. 145 desta Lei, dependerá do voto favorável de credores que representem 2/3 (dois terços) dos créditos presentes à assembléia.

ERASMO VALLADÃO A. E N. FRANÇA

A votação aqui se dá pelos votos dos credores presentes à Assembléia,²¹⁴ independentemente de classes.

²¹² V. nota 185 supra.

²¹³ Reformulamos, aqui, após melhor reflexão, o ponto de vista exposto na primeira edição destes comentários. O *quorum* quantitativo deve ser verificado também em cada classe e não na assembléia. “*Em cada uma das classes* referidas nos incisos II e III do art. 41 desta Lei”, diz o § 1.º, do art. 45, “a proposta deverá ser aprovada por credores (...) e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes”. Credores presentes “em cada uma das classes”, portanto.

²¹⁴ V. nota 185, supra.



Capítulo III DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Seção I Disposições gerais

RACHEL SZTAJN

A Lei 11.101, de 09.02.2005, revogando a legislação falimentar de 1945, traz significativa mudança no que diz respeito à preservação ou, tentativa de preservação, de empresas. Entenda-se empresa como organização econômica que atua em mercados e, cuja existência interessa à sociedade em geral, aos exercentes da atividade, aos credores, aos consumidores ou clientes e ao Estado. Assim, a análise da disciplina relativa à preservação da empresa não prescinde de alguma incursão no plano da utilidade e prestabilidade econômica das normas, uma vez que ao direito, na funcionalização das regras jurídicas, cabe respeitar a noção de eficiência econômica, dificultar o oportunismo, a busca de vantagens desproporcionais ou facilitar desequilíbrios na alocação de recursos que gerem ou aumentem custos de transação.

Porque organização que opera em mercados, está implícito, no exercício da empresa, que as operações não ficam blindadas contra riscos de qualquer tipo, particularmente, os econômico-financeiros. São esses os contemplados na lei porque podem ser fonte de crises, sejam elas relacionadas à liquidez, sejam relativas à solvência. Liquidez é a aptidão de transformar facilmente e sem perda, ativos não monetários em moeda. Solvência é a aptidão para, no plano patrimonial, solver todas as obrigações, o que significa que o total do ativo é, no mínimo, igual ao total do passivo.

Crise financeira implica iliquidez, incapacidade de, momentaneamente, adimplir, que não tem como causa desequilíbrio patrimonial negativo ou adverso. Daí que a concessão ou ampliação do prazo para adimplir permite liquidar alguns ativos que, transformados em moeda, servirão para pagar o passivo sem que isso afete a solvência futura do devedor.

O receiptuário não serve para a hipótese de o total do ativo ser inferior ao total do passivo de vez que aqui a crise se manifesta como impossibilidade de satisfazer à totalidade das obrigações mesmo com a liquidação de todo o ativo. Curial que a legislação preveja, para tal evento, o rateio do montante arrecadado com a liquidação do ativo para pagamento dos credores, que receberão proporcionalmente ao total dos créditos e às garantias e prioridades de que sejam titulares. Tais regras, deduzidas quando da falência de sociedades empresárias ou empresários individuais, levam à extinção da empresa.

Ressalta-se que o pedido de recuperação judicial é facultado aos empresários devedores, dada a premissa de viabilidade da continuação da atividade sob mesma ou outra forma de organização. Trata-se de medida que alivia uma situação de crise econômico-financeira, em que se dá uma nova oportunidade ao devedor de continuar

operando no mercado. Há quem considere que se trata de modelagem de normas pró-credor. Outros, talvez influenciados pela intensa propaganda de que as novas regras reduziriam o custo do dinheiro e, sobretudo por conta do patrocínio do Banco Mundial, entendem que esta Lei se destina a tutelar os credores, notadamente o sistema financeiro, nacional e internacional.

Melhor pensar a nova legislação como releitura de soluções para problema antigo: situação de crise dos comerciantes ou empresários que, em razão das profundas mudanças sócio-político-econômicas, perdeu eficácia na propositura de alternativas para o equacionamento de contingências relacionadas às inovações financeiras. A solução prevista na legislação anterior privilegiava a falência, pois que a concordata preventiva se limitava aos créditos quirografários. Ora, tal solução não era a melhor do ponto de vista sócio-econômico. A destruição de riqueza e bem-estar criados com o exercício da empresa, somado ao fato de que estas, sociedades ou não, têm função e responsabilidade social, levou ao abandono, pelas legislações européias, da idéia de que era melhor retirar do mercado aqueles comerciantes falidos, os menos eficientes na preservação da atividade, ou mais propensos a assumir riscos, de forma a sanear mercados. Se for possível preservar o exercício de atividades econômicas, balizadas por ações mais cautelosas, inequívoco que a adoção de medidas para preservar as empresas em crise, desde que viáveis, é solução mais adequada.

Desenham-se medidas alternativas que, ao invés de simplesmente conceder prazo para liquidar os créditos quirografários, sem levar em conta a real situação da sociedade, sua viabilidade econômica, antes de aprovar mecanismos que permitam a continuidade da atividade, é preciso saber se há razões suficientes para não determinar sua extinção, a decretação da falência, procedimento liquidatário-solutório, mas ao revés, seja aprovada a reorganização da atividade no pressuposto de ser factível sua preservação para que não se percam postos de trabalho, não se diminua a satisfação de necessidades de consumidores, e que as receitas tributárias sejam, de alguma forma, garantidas.

Essa visão hodierna da empresa e a importância que o exercício da atividade empresarial tem na criação de bem-estar social está presente na reforma da legislação brasileira atinente às empresas em crise. Deixa-se de lado a concordata preventiva, a qual, nas mais das vezes, representava apenas o prolongamento da situação crítica, sem efetiva segurança quanto às condições de preservação da atividade, assim como a suspensiva, dando-se destaque a incentivos de outra natureza para mobilizar os empresários e administradores na condução dos negócios sociais. Se, no período de inflação desordenada, o fato de as dívidas não serem corrigidas enquanto que os ativos eram reajustados segundo as condições de mercado, poderá ter evitado a falência de algumas sociedades, após a estabilização da moeda, as dificuldades de manter linhas de crédito abertas, seja frente a instituições financeiras, seja de credores, deu à dilação temporal que a concordata preventiva conferia para pagamento dos créditos quirografários, o caráter paliativo da morte anunciada das sociedades.

A disciplina da criação de dívidas e o fato de que as decisões devem ter foco no seu adimplemento e na observância dos interesses dos credores consideram que as obrigações vincendas contêm o risco de inadimplemento, e que a imposição de medidas judiciais visa a constranger os devedores a agirem de forma prudente. De outro lado, a regra de prudência não deve impedi-los de se engajarem em atividades cujo nível de risco seja ótimo ou impedir tomem iniciativas próprias à atividade econômica empresarial.

Também foi necessário reconhecer que algumas das premissas informadoras da legislação anterior, impostas por normas especiais, particularmente trabalhistas, previdenciárias e fiscais, aumentou de forma significativa o risco dos credores em consequência das preferências criadas. Muitas vezes deixa-se de observar o descompasso entre ativos e passivos para privilegiar o pagamento, ainda que parcial, de certos créditos, tornando a continuidade do negócio cada vez mais incerta.

Encontrar forma de, reconhecendo que o risco é inerente à atividade empresarial, permita, havendo viabilidade econômica, manter a atividade, mesmo que seja preciso transferir a organização produtiva a terceiros, dividir as operações e concentrar esforços em algumas áreas, sempre tendo presente que se trata de um patrimônio, na esteira do que fizeram outros países, como decisão de política legislativa, escolheu-se preservar, quando viável e possível, a atividade pelo que se introduziu no ordenamento o conceito de recuperação da organização, seja na sua inteireza, seja mediante sua divisão para alienar blocos, seja, ainda para alienar bens isolados, para tentar salvá-la. Se a crise for transitória, de liquidez ou de pequeno desequilíbrio patrimonial, evita-se destruir a atividade. Se, de outro lado, a crise for grave, sendo inviável a recomposição da organização, melhor tratar de desfazê-la o mais rapidamente possível evitando a propagação dos danos e enviando claros sinais de que não serão feitas concessões a empresários ou empresas cuja continuidade não se justifique no plano econômico.

Esse o espírito que preside a nova Lei com a recuperação, judicial ou extrajudicial; agora a organização empresária é repensada, remodelada e, sua continuidade, sob mesma ou outra administração, é entendida como resgate ou manutenção da atividade econômica que pode durar, exequível sem custos sociais acentuados. Manter empregos, estimular a atividade econômica, fomentar a produção de bens e serviços, devem ser destacados como elementos informadores da análise mediante a qual se proporá, ou não, a reorganização, ou seja, a recuperação de empresas em crise.

Entende-se que há crise na empresa quando esta experimente constrangimento econômico-financeiro que, incidindo sobre a capacidade de operar, possa levar à paralisação das atividades. Crise financeira, em geral, relaciona-se a questões de caixa, isto é, tem que ver com solvência, com falta de disponibilidade de moeda (ou crédito) que impeça o pagamento de obrigações vencidas ou vincendas em prazo curto. A inclusão do crédito na noção de crise financeira tem que ver com o fato de que, mesmo em face de atraso no pagamento de dívidas (fornecedores e instituições financeiras, por exemplo), sua exigibilidade é postergada.

Econômica é a crise relacionada à estrutura de ativos e passivos, portanto crise que inviabiliza o pagamento de integral de todas as obrigações. Atente-se para o fato de que descompassos reiterados entre entradas e saídas de caixa, que configurariam crises financeiras, podem tornar-se causa de insolvabilidade, e, portanto, configurar a crise econômica. O desequilíbrio patrimonial adverso, configurado pelo fato de que o valor total dos ativos, convertidos em moeda, ser inferior ao valor total dos passivos, igualmente convertidos em moeda, na mesma data e base, é inafastável e, diante dessa situação, sem aporte de novos recursos para reequilibrar os dois pólos do patrimônio, a continuação da empresa dificilmente será exitosa. A continuidade da atividade econômica, quando a base material sobre a qual se assenta e é desenvolvida foi erodida, requer medida diferente da concordata. Uma resposta à demanda social para a preservação das empresas está na reorganização da atividade, reorganização essa que o legislador brasileiro denominou de recuperação.

Recuperar significa reaver, mas a palavra é, também, empregada no sentido de restaurar, repor em condições de operar, sendo este o entendimento que recebe na Lei em comento. Trata-se de repor a empresa em crise, que cessaria as operações por impossibilidade de honrar as dívidas, em condições de continuar a exercer a atividade.

A Lei prevê dois esquemas de recuperação das empresas em crise: a judicial e a extrajudicial. A primeira, como resulta evidente da denominação, será processada em juízo; a outra decorre de acordo entre credores e devedor que, voluntariamente e por deliberação majoritária por classe, ajustam mecanismo de preservação da atividade.

As boas intenções do legislador requerem, contudo, que se tenha presente aspectos econômicos que ficam subjacentes às normas legais, que se respeite o critério de eficiência e que o aplicador da Lei não se deixe levar por motivações ideológicas assistencialistas em que a preservação de atividades inviáveis seja deferida para atender a alguns interesses de certa parcela da sociedade (civil).

O conjunto de institutos e normas relativos ao reconhecimento de situações de insolvência e insolvabilidade, estas, causas de liquidação do negócio, enquanto aquelas, dado não configurarem estado de patrimônio negativo, permitem planejar a recuperação da empresa, não pode ignorar os efeitos e as conseqüências das medidas que recairão sobre pessoas com diferentes interesses na solução da dificuldade. De um lado, os sócios das sociedades, mesmo aquelas em que a limitação da responsabilidade pelas obrigações sociais é limitada, em face da possível perda do investimento; de outro, os credores, porque conforme a probabilidade de recuperar os créditos, imputarão, ao precificar o risco, todos os custos de transação ou efeitos *ex post* de suas decisões. Também não convém, para desestimular comportamentos negligentes ou oportunistas, conceder benefícios econômicos sem impor aos administradores ou empresários, o dever, e portanto o ônus de, no uso de recursos escassos, agirem com cautela e eficiência na sua alocação.

O sistema escolhido em cada país pelos legisladores, deve sopesar as opções entre liquidação e recuperação de maneira a não onerar a sociedade com a outorga de benefícios privados. Esse o enfoque adotado nos comentários que se seguem, eficiência e distribuição de benefícios e ônus na recuperação judicial da empresa em crise.

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

RACHEL SZTAJN

O artigo fundamenta a opção de política legislativa no que se relaciona à recuperação judicial de empresas em crise econômica ou financeira. Em economias de mercado, a redução de custos de transação constitui exigência da sociedade. A atividade econômica gera empregos, renda e riqueza e sua destruição a perda de benefícios que são distribuídos na sociedade na forma de bem-estar. A alocação de recursos escassos na economia, de outro lado, tem no sistema falencial, o instrumento que, ao prever a reorganização das sociedades (empresas em crise), ou a venda de ativos em bloco, por exemplo, estabelecimentos, e, como opção derradeira, a liquidação do negócio, hierarquiza, no plano da

política legislativa, as alternativas que produzam a maximização na alocação dos recursos existentes ou criados na sociedade.

A manutenção de empregos, o respeito aos interesses dos credores, a garantia da produção e circulação de bens e serviços em mercados são objeto de específica tutela na reorganização, desde que sejam respeitados os fundamentos econômicos da organização das empresas, de sua participação nos mercados, no criar e distribuir bem-estar, gerar riquezas. Lógico o esforço da nova disciplina visando a mantê-la em funcionamento quando se demonstre a viabilidade da continuação das operações. Nítido o abandono da visão informadora da legislação revogada que dava prioridade, por entendê-lo mais adequado, retirar do meio (do mercado) o comerciante inábil ou inepto que pudesse aumentar o risco inerente à atividade comercial. Tanto é que, indeferido, por qualquer motivo, o pedido de concordata preventiva, a decretação da falência era compulsória. Agora, antes de determinar a quebra analisam-se as probabilidades de sobrevivência do negócio, sob mesma ou outra administração, com o que se altera o foco da tutela que anteriormente era o mercado de crédito e a confiança, para, mantida esta, tutelar o devedor de boa-fé.

Ideologicamente o texto legal se afirma, em País que tem na economia de mercado um dos pilares da ordem econômica, segundo previsão da disposição do art. 170 da Constituição da República, em que a livre iniciativa com valorização do trabalho e da dignidade da pessoa humana é ressaltada.

A função social de empresa presente na redação do artigo, indica, ainda, visão atual referentemente à organização empresarial, cuja existência está estribada na atuação responsável no domínio econômico, não para cumprir as obrigações típicas do Estado nem substituí-lo, mas sim no sentido de que, socialmente, sua existência deve ser balizada pela criação de postos de trabalho, respeito ao meio-ambiente e à coletividade e, nesse sentido é que se busca preservá-la.

Ao se referir a estímulo à atividade econômica, está implícito o reconhecimento de que a empresa é uma das fontes geradoras de bem-estar social e que, na cadeia produtiva, o desaparecimento de qualquer dos elos pode afetar a oferta de bens e serviços, assim como a de empregos, por conta do efeito multiplicador na economia.

O perigo que pode derivar de uma interpretação viesada da norma é o assistencialismo. Credores e trabalhadores têm um interesse comum – receber os valores a eles devidos, porém, aqueles, salvo hipóteses típicas de investimentos específicos e não facilmente transferíveis para outro setor (investimento idiossincrático), preferem receber seus créditos, dando menor importância à manutenção da empresa.

Trabalhadores, notadamente aqueles muito especializados ou os nada especializados, preferem a continuidade da empresa se o mercado de trabalho lhes for desfavorável. Como conciliar esses dois interesses, agora divergentes? Pensar apenas na preservação de empregos leva ao assistencialismo com perda de eficiência. Privilegiar credores pode por em risco os interesses dos trabalhadores. Por isso que sem plano claro e fundamentado em estudos econômico-financeiros elaborados por profissionais espertos, o risco de o assistencialismo prevalecer e, no médio prazo serem todos, credores e trabalhadores, feitos reféns da falência, é real.

A função social da empresa só será preenchida se for lucrativa, para o que deve ser eficiente. Eficiência, nesse caso, não é apenas produzir os efeitos previstos, mas é cumprir a função despendendo pouco ou nenhum esforço; significa operar eficientemente no

plano econômico, produzir rendimento, exercer a atividade de forma a obter os melhores resultados. Se deixar de observar a regra de eficiência, meta-jurídica, dificilmente, atuando em mercados competitivos, alguma empresa sobreviverá. Esquemas assistencialistas não são eficientes na condução da atividade empresária, razão pela qual não podem influir, diante de crise, na sua recuperação.

Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de dois anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;

II – não ter, há menos de cinco anos, obtido concessão de recuperação judicial;

III – não ter, há menos de oito anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;

IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

Parágrafo único. A recuperação judicial também poderá ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente.

RACHEL SZTAJN

O artigo dispõe sobre as condições de admissibilidade do requerimento mediante o qual se pleiteia a recuperação da empresa. Entre os vários pressupostos ou preenchimento de hipóteses, ressalta-se o previsto no *caput* relativamente ao exercício regular da atividade empresarial, que reproduz o disposto no art. 158, I, do Dec.-lei 7.661/1945, quanto ao exercício do comércio há mais de dois anos.

É mais precisa a redação da norma atual no que tange à cumulatividade requerida para aceitação do pedido. A legislação anterior dispunha que, inexistentes os impedimentos do art. 140 que incluíam exercício irregular do comércio, (inc. I), a falta de pedido de falência no prazo do art. 8.º, (inc II), condenação por crimes patrimoniais (inc. III), igual pedido há menos de 5 anos e falta de cumprimento de concordata anteriormente deferida (inc. IV), poderia o devedor impetrar concordata, com hipótese alternativa para vetar o deferimento do favor legal.

O primeiro requisito, na Lei atual, que impede desde logo a concessão do pedido de recuperação judicial é a falta de exercício regular da atividade por período superior a 2 anos, ou seja, mais de 24 meses. A expressão “há mais de dois anos”, entendo, deve ser interpretada no sentido de prazo igual ou superior a dois anos. Não há razoabilidade em negar a pretensão do devedor que, há exatos 24 meses exerça a atividade, e se o faça em relação a quem a exerça há 24 meses e um dia. Porém, se o comando vier a ser relaxado para fins de reduzir o termo para 24 meses, o risco é de, paulatinamente, abrandar-se o rigor normativo para aceitar pedidos de quem exerça a atividade irregularmente por algum período e, vendo-se diante da impossibilidade de obter a recuperação judicial por conta disso, tardiamente, se ocupe em regularizá-la, o que abre espaço para comportamentos oportunistas o que a norma não pode estimular nem consentir.

O legislador de 2005, tal como o de 2002, no Código Civil, conquanto tratassem, ambos, de atividades, não se detiveram no prover ao leitor das regras suporte normativo

para revestir o fático. A disciplina recai sobre o exercente da atividade econômica, o empresário ou sociedade empresária. Assim, seguindo na esteira do direito privado europeu,²¹⁵ o Regulamento 251/2001 não dispõe sobre atividade que, como logo após a aprovação do *Codice Civile*, demanda elaboração doutrinária. Nesse sentido, o magistério de Tullio Ascarelli ensina que atividade é uma série de atos coordenáveis entre si em função de uma finalidade comum.²¹⁶ Prossegue explicando que a palavra ato, no caso, não deve ser tomada em seu sentido jurídico, mas sim como negócio, palavra que também há de ser tomada em sentido vulgar, comum. Portanto, atividade seria a série de negócios coordenados para um determinado fim, sendo os negócios parte integrante da atividade.

A atividade deve ser analisada de modo autônomo, diz Ascarelli, independente dos atos singulares. Portanto, a atividade pode ser lícita, ou não, dependendo do fim. Não se pode falar em atividade nula embora sejam aplicáveis aos atos as regras de nulidade e anulabilidade. A atividade existe, ou não, será lícita ou ilícita, real ou aparente. No plano da regularidade, será regular quando o exercente, sobre o qual recai a imputação, observa as normas legais incidentes quando requerida habilitação especial do sujeito. Quando se requer, para o exercício de certas atividades, qualificação do sujeito, tutela-se interesses de terceiros, não do exercente que fica sujeito às penalidades.

Essa é a hipótese do *caput* – sem inscrição no Registro específico, a atividade exercida será irregular. Não interessa, no caso, a discussão econômica relativamente à imputação da atividade a certo sujeito, aquele que suporta os riscos dela derivados, prevalecendo, para fins de imputação a noção jurídica.

Tal como na legislação revogada – Dec.-lei 7.661/1945 – quando do pedido de concordata preventiva, o devedor, para obter o favor legal, deve exercer a atividade, regularmente, isto é, ter todos os registros previstos para o exercício da empresa (arts. 967, 968 e 969, quanto a empresário individual, e art. 984, no que tange a sociedades empresárias, do CC).

O prazo de dois anos de regular exercício da atividade, que se demonstra mediante a apresentação de certidão do Registro Público de Empresa, tem como função evitar oportunismos, isto é, a obtenção de vantagem ou benefício por quem, aventurando-se e assumindo riscos, exerça atividade econômica sem, para tanto, estar devidamente matriculado, na forma do previsto no Código Civil para qualquer empresário, pessoa natural ou jurídica. Pode-se presumir que o prazo mínimo quanto ao exercício regular da atividade tenha que ver com análise empírica da realidade. A taxa de “mortalidade” de empresas costuma ficar ao redor de 12 meses contados da data de início da atividade, portanto, parece razoável que, além do fato de que os resultados da atividade nem sempre emergem de imediato, os 2 anos exigidos na norma servem para inibir que oportunistas ou pessoas ávidas por riscos se beneficiem do sistema de recuperação, ganhando tempo para dominarem os procedimentos necessários no exercício da atividade empresarial.

Ao requisito de regularidade e prazo de 2 anos de exercício, que demonstraria a aptidão ou habilitação para exercer tal atividade econômica, o legislador cumula com

²¹⁵ “La disciplina dell’attività dovrà, allora, essere compresa e valutata in relazione allà sua funzione perseguita dall’ordinamento. (...) La stella polare che orienterà l’interprete delle disposizioni comunitarie è, quindi, la funzione (...)”. A cura di LIPARI, Nicolò. *Trattato di diritto privato*, v. 2, p. 55 e ss.

²¹⁶ ASCARELLI, Tullio. O empresário...cit., p. 183 e ss.

o preenchimento de outros. Devem ser cumpridos todos eles, ou de alguns apenas bastariam? Tendo em vista o teor do *caput*, cuja redação é clara, entende-se que devem ser observados todos os requisitos previstos nos vários incisos.

I – O requerente, isto é, a pessoa natural ou jurídica empresária, não pode ser falida. Razão para que se impeça aceitação do pedido de recuperação tem que ver com a noção de patrimônio. A unicidade patrimonial de cada pessoa e a relação biunívoca entre sujeito e patrimônio, (conjunto de posições ativas e passivas avaliáveis economicamente e pertinentes a um sujeito) impossibilita que um mesmo empresário, ou sociedade empresária, cujos ativos estejam sendo liquidados para pagar seu passivo, ao mesmo tempo disponha de outro ativo dedicado ao exercício de outra e diferente atividade econômica. Portanto, a falência, até que sejam declaradas extintas as obrigações do falido, constitui impedimento legal para a organização de nova atividade e, conseqüentemente, para o pedido de recuperação judicial da empresa.

II – Também não pode ser beneficiado com o pleito aquele empresário que, há menos de 5 (cinco) anos, tenha gozado de igual favor legal. O período de 5 anos, que poderia ser maior, não inferior, tem que ver com prazos prescricionais. Entretanto, do ponto de vista econômico, tem função pedagógica porque inibe aquelas pessoas que, tomadoras de risco, em situação de perigo tentem transferir parte do ônus a terceiros. A transferência de riscos entre agentes econômicos se faz de várias formas. O que não se permite é criar instrumentos que incentivem o procedimento quando o custo é imposto por força de assimetria de informação. O alerta, a quem deseje participar de mercados, aparece nas restrições determinadas nos vários incisos do art. 48 sendo que este repete a regra do art. 140, IV, da legislação revogada.

III – A novidade do inciso III abrange a recuperação judicial com base em plano especial, previsto na Seção V do Capítulo, isto é, nos arts. 70 a 72 que tratam da recuperação de micro e empresas de pequeno porte. Para essas empresas o plano de recuperação abrange apenas créditos quirografários, com exceção dos relativos a repasses de recursos oficiais, e o prazo de pagamento não deve exceder aos 36 meses, entre outras previsões. As normas, que prevêm tratamento diferenciado para essas empresas, reconhecem a conveniência de separar as atividades não apenas por setor da economia, mas também por seu porte (tamanho, participação em mercados), na esteira do que preconiza o direito, que é tratar desigualmente aos desiguais.

IV – Por derradeiro, está afastada a concessão de recuperação judicial a quem tenha sido condenado, como administrador ou sócio controlador, por crimes patrimoniais previstos na Lei. O controle externo, exercido por terceiros não sócios, está expressamente excluído como requisito para a concessão da recuperação. Exclusão lógica que não elide a responsabilidade desse controlador pela crise da empresa. A idéia não é estranha ao operador do direito. Veja-se que ao impor a instituições financeiras responsabilidade por danos causados na execução de obras por tomadores de crédito, está-se a transferir a elas o dever de acompanhar e fiscalizar o uso dos recursos ou do crédito concedido.

Se a instituição financeira, profissional na intermediação da circulação de moeda e crédito, responde por ato de terceiro, seu devedor, porque não impor ao controlador externo responsabilidade pela crise da empresa? A lógica é a mesma. Apenas não se submete essa responsabilidade ao crivo direto do magistrado quando da apresentação de pedido de recuperação. Apenas se observa que, incluir o controle externo entre os requisitos para deferir o pedido, prender-se-ia o destino de cada sociedade empresária

em cadeia de difícil acompanhamento e fiscalização. Controlador sócio, que tem poder interno de comando, seja administrador, ou não, tem dever de zelar pela boa condução da atividade; na tomada de decisões deve agir no interesse da empresa. O controlador externo, de seu lado, tem interesse próprio, que nem sempre é o da controlada.

O parágrafo único do art. 48 contempla situações especiais de pedidos de recuperação judicial. Inclui o falecimento do empresário individual e legitima o cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor e o inventariante para tomar as medidas que, no seu entender, preservarão o patrimônio e servirão para manter a atividade. Legitimado, igualmente, em se tratando de sociedades, o sócio remanescente, quando o outro, ou os demais, não possam fazê-lo.

A especialidade das hipóteses de legitimação extraordinária não admite interpretação ampliada. Restringe-se aos casos expressamente previstos e, ao que se pode perceber, tem como foco o empresário individual e a preservação de uma dada organização econômica que poderia ser objetivada e, portanto, permitir-se-ia sua continuidade pelos herdeiros do falecido. Explicação semelhante à que a doutrina oferece quanto às sociedades em conta de participação. A preservação da unidade patrimonial, no caso o patrimônio separado ou de afetação ligado à atividade, leva à redução de custos de transação, notadamente quando se trate de empresário individual ou de sociedades de apenas dois sócios.

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

§ 1º Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

§ 2º As obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial.

§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

§ 4º Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei.

§ 5º Tratando-se de crédito garantido por penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários, poderão ser substituídas ou renovadas as garantias liquidadas ou vencidas durante a recuperação judicial e, enquanto não renovadas ou substituídas, o valor eventualmente recebido em pagamento das garantias permanecerá em conta vinculada durante o período de suspensão de que trata o § 4º do art. 6º desta Lei.

RACHEL SZTAJN

A norma disciplina os efeitos decorrentes da aceitação e concessão do pedido de recuperação. Afastando-se da disciplina anterior em que, deferido o pedido de concordata,

submetia aos seus efeitos apenas os créditos quirografários, a nova regra inclui todas as obrigações existentes, as vencidas e vincendas.

Na vigência do Dec.-lei 7.661/1945, para a concessão da concordata, considerada favor legal, era preciso que o passivo quirografário não superasse, em valor, metade do ativo. Não se investigava a capacidade de geração de lucros para adimplir todas as obrigações, garantidas, ou não. Pressuposto era que o comerciante que requeresse a concordata tivesse problemas de liquidez. Diante de tal premissa, era lógico que apenas sobre os créditos sem garantia incidissem os efeitos do pedido que poderia ser de mais prazo para pagamento (concordata dilatória), de remissão parcial das dívidas (concordata remissória) ou a combinação de ambos (concordata dilatória e remissória). As demais obrigações, com garantia, seriam liquidadas mediante a excussão desta.

Evidente que obrigações fiscais, previdenciárias e trabalhistas, dadas as prioridades que a legislação lhes conferia, ficariam fora do quadro-geral da concordata. A dificuldade criada pelo sistema foi que a concordata tornou-se, no mais das vezes, em procedimento “preparatório da falência”. Explico. O prazo de dois anos, previsto na Lei, em geral se prolongava, sem que os credores fossem satisfeitos, até que o desequilíbrio patrimonial fosse de tal magnitude, que a decretação da falência era inevitável. A proibição de venda de estabelecimentos, de reorganização da empresa, talvez tivessem contribuído para que o instituto da concordata deixasse de produzir os efeitos desejados.

A nova regra, que impõe a apresentação de estudo de viabilidade econômica do negócio, da atividade empresarial, tende a evitar os efeitos perversos decorrentes de normas rígidas e distantes das práticas negociais. O estímulo que se vê nas novas disposições, voltadas para equacionar as crises de empresas, associado ao desejo de preservar a atividade e os empregos, basta para que o instituto da recuperação – judicial ou extrajudicial – gere os benefícios previstos.

A inclusão de todas as obrigações existentes, seja de que natureza forem, garantidas, ou não, existentes até o dia em que o pedido de recuperação for protocolado, também induzirá credores a se precaverem se for prática reiterada do devedor, atrasar o adimplemento das obrigações. Claro sinal de crise ou, no mínimo, de irresponsabilidade do empresário que, contando com a recuperação, aumenta os riscos de seus credores.

Tendo presente que o fim visado pela Lei é a preservação da empresa, da atividade, evidente que se justifica inibir disputas entre credores de diferentes classes. Deixar de incluir obrigações vincendas, mas derivadas de operações anteriores ao pedido, serviria para reduzir os prazos de pagamento. Se todos os contratos forem de execução instantânea, a instalação da crise poderá levar à imediata cessação das atividades, o que não interessa a ninguém.

A prática demonstra que crédito é um dos componentes importantes na circulação de bens em mercados. Daí a importância da norma ao buscar tornar eficiente o processo de análise da confiança que o credor deposita no seu devedor.

A norma do § 1.º ao art. 49, de seu lado, que assegura aos credores a preservação de seus direitos de garantia, está evitada por certa imprecisão. Se, de um lado, os créditos ficam sujeitos ao procedimento judicial de reorganização, de outro, supor que isso acarretasse a perda das garantias anteriormente pactuadas, geraria inconsistências graves.

A anulação de garantias previamente ajustadas em virtude do plano de recuperação judicial, ou da falência, tenderia a provocar a elevação do preço do crédito ou, alterna-

tivamente e com o mesmo efeito, sua redução por conta das incertezas percebidas pelos agentes econômicos. Resta uma questão estratégica que tem a ver com a participação, por eventual saldo do crédito não garantido, desses credores titulares de garantias reais na classe que reúne credores titulares de privilégios – especial e geral – e quirografários. Possível que, por meio de tal participação, dependendo do montante dos créditos, venha a ser adotada estratégia de bloqueio na aprovação do plano.

O art. 59, que faz remissão ao art. 50, § 1.º, reproduz a norma em comento pelo que se deve considerar que interessa saber da possibilidade de exigir ou excutir as garantias relativamente a tais créditos. Mantendo-se alguma coerência entre o sistema jurídico e o objetivo da nova Lei, sugere-se interpretar o parágrafo no sentido de que as garantias, como acessório, seguem o principal, o crédito. Em assim sendo, ficam elas subordinadas às mesmas condições que incidam sobre os créditos garantidos, ou seja, não podem ser excutidas de imediato.

Sorte igual há de ser imposta às cláusulas contratuais que prevejam vencimento antecipado de obrigações vincendas se, por qualquer motivo, a garantia for reduzida e, notificado, o devedor, não a recompuser. Entendimento em sentido oposto poderia solapar a arquitetura legislativa.

O § 2.º deste art. 49, na mesma linha de preservação dos pactos anteriores ao pedido de recuperação judicial, dispõe que a alteração das condições originais do negócio depende de haver, no plano de recuperação, previsão a respeito. Pensando em teoria dos jogos e estratégias negociais, como o plano de recuperação, interessa aos credores, tanto quanto ao devedor, o embate entre eventuais interesses opostos que terão, na continuidade das operações, o eixo comum. Contudo, não é de descartar outra questão estratégica que tem a ver com a participação, por eventual saldo do crédito não garantido, desses credores titulares de garantias reais na classe que reúne credores titulares de privilégios – especial e geral – e quirografários. É possível que, por meio de tal participação, dependendo do montante dos créditos, venha a ser adotada estratégia de bloqueio na aprovação do Plano.

A viabilidade da recuperação da empresa em crise é o fundamento para a aprovação do Plano de Recuperação. Viabilidade significa exequibilidade, possibilidade de êxito, de pagamento das obrigações, de um lado, e de manutenção das operações por longo prazo, de outro. Se ao credor interessa ter seu crédito satisfeito, interessa-lhe, igualmente, a continuação daquela atividade, porque a base de clientes estará preservada. A opção por desistir de garantias ou alterar as condições iniciais do crédito espelhará, com vistas ao futuro, o melhor interesse do credor.

O § 3.º ao art. 49 contempla a peculiaridade de certos contratos, especificamente aqueles nos quais haja cláusula de irretratabilidade ou irrevogabilidade. Em tais casos, o que se estipula é que nenhuma das partes possa, unilateralmente, resilir do negócio, exceto se ocorrerem as hipóteses expressamente previstas no instrumento contratual. Tais cláusulas podem ser entendidas como espécie de garantia dos contratantes contra eventos futuros, alguns até mesmo previsíveis, que, criando condições para comportamentos oportunistas, imporiam à outra parte, perdas ligadas a custo de oportunidade.

Tais cláusulas são usuais em operações de médio e/ou longo prazos, sobretudo quando o bem objeto da operação é imóvel. A pouca ou nenhuma fungibilidade desses bens explica a cautela que, na vinculação das partes, dá maior força à estabilidade do negócio do que em relação a bens de mais fácil substituição.

Demais disso, a propriedade é um feixe de direitos – usar, gozar, dispor e, por derradeiro, impedir que terceiros, sem expressa autorização do titular, usem, gozem ou se apropriem do bem. Esse conjunto de direitos está amplamente reconhecido no parágrafo, que inclui a garantia fiduciária sobre bens. Se o empresário adquiriu bens antes do pedido de recuperação, ainda que tenha recebido a propriedade, o fato de não ter pago o preço integralmente, não sujeita esses credores aos efeitos da recuperação judicial. Cada credor deve receber algum montante, ainda que mínimo, de forma a manter a atividade da empresa em crise, sem, contudo, propagar os efeitos da crise gerando outras. Interessa encontrar modelo que permita que ninguém receba mais do que devido e também que não receba menos do que zero, o que implicaria ter de contribuir para compor o desequilíbrio patrimonial da empresa em crise.

No que concerne à remoção de bens do estabelecimento do devedor, o fundamento é evidente, manter as operações, entretanto melhor seria que a frase final do parágrafo, que se limita a serem os bens essenciais ao exercício da atividade, não viesse atrelada à irretroatividade ou irrevogabilidade. O fato de ser o bem essencial para a manutenção do exercício da atividade, fundamento da restrição, não se atém nem se assemelha às hipóteses anteriores. Aqui o que se visa é garantir a geração de caixa, preservar empregos, oferecer produtos, bens ou serviços à sociedade. Naqueles outros casos o objeto tem que ver com a estabilidade do pacto, como evitar arrependimentos baseados na dinâmica dos mercados.

Outra exceção à aplicação das regras da recuperação judicial, no § 4.º do artigo em comento, aplica-se àqueles recursos que o devedor tenha recebido a título de adiantamento de exportações (art. 86, II). Contratada a exportação, a primeira Lei de Mercado de Capitais (Lei 4.728/1965) criou modalidade específica de empréstimo – o adiantamento sobre câmbio, moeda estrangeira a ser internada quando do pagamento da exportação. A legislação visava a facilitar a obtenção de recursos destinados ao capital de giro e, portanto, à produção dos bens a serem enviados para o exterior. Esse mútuo tem base no contrato de exportação e deve ser liquidado tão logo os recursos em moeda estrangeira sejam transferidos do importador ou instituição financeira por ele indicada, para o exportador brasileiro. Excluí-los do Plano de Recuperação Judicial constitui reconhecimento de que se trata de crédito com destinação específica.

A regra do § 5.º ao art. 49, ainda uma vez, se destina a dispor sobre situações especiais em que aparecem como garantia não imóveis, e sim coisas móveis como os valores mobiliários, sobre os quais se constitui penhor, espécie de garantia real que recai sobre coisas móveis. Por se tratar de coisas móveis, é usual que o credor pignoratício tenha a posse da coisa e, sendo ela necessária para o exercício de direitos, será ele, credor pignoratício, quem os exercerá.

Porém, porque titular de um direito de garantia, não pode apropriar-se, seja do bem, seja de seus frutos, sem o devido processo legal. Recaindo o penhor sobre títulos de crédito, direitos de crédito não consubstanciados em cártulas, ou outros tipos de crédito, o fato de o credor pignoratício exercer o direito, receber o crédito ou qualquer outro direito a ele vinculado, os valores ficarão depositados em conta vinculada até que decorra o prazo de 180 dias previsto no art. 6.º, § 4.º da Lei. Vale dizer, até que o Plano de Recuperação seja apresentado e aprovado. Constando do Plano a previsão de que o credor será satisfeito, total ou parcialmente, com os valores recebidos, deve ser expedida autorização para que o montante depositado seja por ele levantado.

A norma prevê, ainda, a possibilidade de que tais garantias sejam substituídas ou renovadas durante esse período de 180 dias, vale dizer, que o vencimento da obrigação

possa ser prorrogado com o que se atende ao critério de eficiência na distribuição de direitos, deveres e obrigações, porque se o devedor tem mais tempo para realizar o pagamento, o credor não vê desaparecer a garantia que lhe fora outorgada. Trata-se, portanto, de uma novação, seja da obrigação principal, seja da acessória, a garantia.

Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:

I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas;

II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente;

III – alteração do controle societário;

IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos;

V – concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar;

VI – aumento de capital social;

VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados;

VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva;

IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro;

X – constituição de sociedade de credores;

XI – venda parcial dos bens;

XII – equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica;

XIII – usufruto da empresa;

XIV – administração compartilhada;

XV – emissão de valores mobiliários;

XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.

§ 1º Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia.

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

RACHEL SZTAJN

Disciplina inovadora, a recuperação judicial introduz no ordenamento pátrio esquema desenvolvido em países de *common law*. Na legislação revogada, no que se refere à concordata, tinha-se por escopo solucionar as crises de iliquidez temporária, por meio da dilação do prazo de pagamento, remissão parcial do valor dos créditos quirografários ou

a combinação de ambos, dilação do prazo e remissão, pretendia facilitar a superação do problema conjuntural. Diversamente, a recuperação judicial, tal como a extrajudicial, não se restringe às crises de iliquidez temporária, de insolvência, mas abrange problemas de insolvabilidade em que se instala uma situação de desequilíbrio patrimonial adverso.

As modalidades de equacionar, ou tentar equacionar as crises são, por evidente, diversas daquelas. Agora, faculta-se propor e implementar medidas que afetam a organização da sociedade no âmbito interno desde sua reorganização até alteração de controle. Lembra-se que na concordata o concordatário não perdia nem o poder de disposição sobre os bens e, no concernente à sua administração, era acompanhado pelo comissário, espécie de fiscal da gestão. A nova disciplina da recuperação judicial não manteve a prática anterior, até porque o que se tem presente é a insolvabilidade da sociedade, configurando-se situação que permitiria a decretação da falência. Dada a possibilidade (e o termo é empregado no sentido que lhe dão os estatísticos) de manter as operações, as normas ficam entre o modelo da concordata – alargamento do prazo de pagamento e remissão parcial das dívidas, sem chegar às relativas à falência, ampliando as hipóteses de intervenção na condução das atividades sociais, facultando-se aos credores manifestarem-se a respeito da viabilidade de continuação do negócio o que evidencia a importância de formular estratégias que componham interesses, nem sempre convergentes, das partes envolvidas e afetadas com a insolvabilidade da sociedade.

No que diz respeito à recuperação judicial, além do estudo de viabilidade econômica que deve embasar a decisão, estudo esse submetido ao crivo dos credores que podem propor modificações, o acompanhamento permanente da implementação das medidas aprovadas, das decisões administrativas, para que se alcance a preservação da empresa, são partes de um jogo novo, em que os ganhos não podem ser apropriados por um grupo de participantes, mas deve ser distribuído, conquanto nem sempre igualmente, entre todos os jogadores.

A enumeração, nos vários incisos do art. 50 da Lei, das possibilidades para, em situação de crise desenhar-se operação que atenda às especificidades e necessidades da empresa, é extensa; são dezesseis incisos originando a indagação sobre ser tal relação taxativa ou exemplificativa. Da leitura do *caput* infere-se que a enumeração é exemplificativa, podendo ser encontradas outras medidas, além, por óbvio, da eventual combinação de duas ou mais das relacionadas nos vários incisos, que atendam ao desiderato – preservar as empresas em crise.

Passando à análise de cada inciso, o primeiro, inciso I, ao prever a dilação do prazo para pagamento de obrigações, tanto as vencidas quanto as vincendas, aproxima-se da concordata, dela diferindo uma vez que não restringe a ampliação do prazo para pagamento aos créditos quirografários,²¹⁷ todas as dívidas, sem qualquer exceção, serão englobadas no esquema se este vier a ser aprovado. Quanto às obrigações vincendas, à luz do disposto no art. 49, o plano incluirá apenas aquelas existentes até a data do pedido; a inclusão de obrigações criadas posteriormente dependerá de acordo expresso entre devedor e credores, os anteriores e os que vierem depois da apresentação do pedido.

A continuação do exercício da atividade durante o período de processamento do pedido pode dar origem a contratos de que resultem novas obrigações que, em princípio,

²¹⁷ Art. 156, § 1.º do Dec.-lei 7.661/1945, que se referia a créditos quirografários, e art. 163 que dispunha sobre vencimento antecipado das obrigações sujeitas ao processo de concordata; o § 2.º excluía da concordata as dívidas fiscais.

ficam fora do planejado procedimento reorganizatório; nada impede, contudo, que se for conveniente para o sucesso do projeto e, desde que os credores tanto pelas obrigações incluídas quanto por estas, acordarem, sejam as novas dívidas incluídas no quadro-geral de dívidas vincendas.

No que diz respeito a condições especiais de pagamento, considera-se que as mais relevantes são a concessão de descontos ou a remissão parcial da dívida. Descontos referem-se a abatimento de juros; abatimento do valor do principal, são, tecnicamente, remissão de dívida. Em nenhum dos casos, porém, serão suprimidas, salvo com expressa anuência dos respectivos credores, as garantias existentes.

O inciso II do art. 50 prevê, como mecanismo de recuperação a reorganização societária que deve obedecer aos preceitos do Código Civil, ou da legislação do anonimato, conforme se trate de sociedade por ações ou outro tipo societário. Nesses casos, o processo recai sobre as relações internas da sociedade e, em certas operações, sobre relações desta com outra(s) sociedade(s). O inciso compreende a transformação, fusão, cisão, incorporação e cisão-incorporação, ainda que esta não esteja expressamente mencionada.

Transformação é a operação mediante a qual se modifica a estrutura societária; passa-se de uma para outra forma de organização. Usualmente o que se verifica é o abandono de uma das formas em que há sócios de responsabilidade ilimitada por outra em que a responsabilidade de todos é limitada. Nas mais das vezes adota-se a forma da sociedade por ações. A decisão, salvo quando prevista no estatuto social para as anônimas, hipótese em que poderá ser aprovada por maioria, deve ser unânime, tanto nos termos do art. 997 do CC, quanto na Lei das Sociedades Anônimas (art. 220). Adotar a forma organizacional da anônima facilita a entrada de novos membros, facilitando-se, portanto, seja a conversão de dívida em capital, seja o aumento de capital mediante o aporte de novos recursos pelos ingressantes; essas medidas levam, em muitos casos, à superação da crise por via do saneamento financeiro da sociedade.

Fusão é a aglutinação, a soma, de dois ou mais patrimônios societários e a criação de nova pessoa jurídica com o desaparecimento das anteriores; cisão é a divisão patrimonial com versão da(s) parcela(s) cindida(s) em nova(s) sociedade(s) e o desaparecimento da anterior; diz-se cisão parcial quando apenas uma ou mais parcelas do patrimônio é (são) destacada(s) do patrimônio cindido, e vertida(s) em outra(s) sociedade(s), nova(s) ou existente(s), perdurando o remanescente da sociedade cindida que não desaparece. No caso de qualquer parcela do patrimônio cindido ser absorvida por sociedade existente tem-se a cisão-incorporação.

Dessas alternativas, salvo a transformação, única que pode ser adotada por deliberação exclusiva dos sócios ou acionistas, as demais exigirão o concurso de membros de outra sociedade. A cisão, que aparentemente seria também apenas decisão de membros de uma só sociedade, depende da decisão relativamente à parcela ou parcelas cindidas. Afastada a hipótese de criação de outra sociedade que receberá parcela(s) cindida(s) do patrimônio da sociedade e de que serão membros apenas os sócios daquela sociedade cindida, nos demais casos, além de deliberação dos sócios da sociedade em crise que aprove a operação, é imprescindível igual aprovação pelos sócios de outra ou outras sociedades que receberão parcela do patrimônio em procedimentos de fusão ou incorporação, tanto como devem manifestar-se aprovando-a, operação de incorporação, pela sociedade de cuja recuperação se trate, os sócios da incorporanda.

Qualquer Plano de Recuperação baseado em uma das alternativas acima, excluída, repita-se, a cisão com criação de novas sociedades sem participação de terceiros estranhos ao quadro da cindida, ou a transformação da sociedade, dependerá, para sua implementação, de aprovação de sócios ou acionistas de outra(s) sociedade(s) que tenham interesse na atividade desenvolvida pela sociedade em crise. Parece razoável, portanto, ter em mente que ao submeter o plano aos credores e ao magistrado, haja, na medida do possível, manifestação de interesse de sócios das sociedades que venham ou possam ser partes na operação.

Ainda que a vinculação não seja efetiva, sem algum tipo de compromisso prévio, no mínimo de estudar a proposta, o lapso temporal entre a apresentação do plano e o início de sua execução – 180 dias – pode ser insuficiente para que se encontre uma sociedade parceira, para que sejam feitas as análises necessárias para definir as relações de troca das participações, na realidade levantamento de balanços e avaliação de ativos e passivos, além de outras medidas de praxe, o que torna duvidoso chegar-se, no termo final, à solução proposta. A alternativa pior, a operação não ser consumada, indica a conveniência de ter-se, desde logo, formulado um “plano B”, a adoção de alguma outra solução. Ora bem, poder-se-á, no caso de recuperação judicial, apresentar ao magistrado, nova proposta ou deve-se propor duas ou mais alternativas? É como hierarquizar as medidas? Qual a ideal, qual a segunda melhor em ordem decrescente? Afinal, como evitar a decretação da falência quando se depende de terceiros, não necessariamente credores e empregados, para reformatar a empresa em crise?

Uma vez que o *caput* se limita a indicar que são medidas adiantadas, parece que o legislador se ateve à autorizar a adoção de uma ou outra, de combiná-las, deixando de levar em conta que nem sempre a melhor opção é factível, concretizável. Também não se vê como, *ab initio*, vincular terceiros estranhos ao micro-sistema que envolve credores, empregados e os sócios da sociedade em crise, à solução das dificuldades que estes criaram ou não souberam prevenir.

Importar modelos desenhados e operacionais em outros sistemas sem levar em conta as peculiaridades do direito pátrio, complica o quadro-geral porque as medidas predispostas em leis especiais, ou no Código Civil, quanto às operações de reorganização societária não podem ser ignoradas. Se uma delas vier a ser proposta, mesmo em face da crise da “empresa”, a disciplina especial deve ser observada naquilo em que na recuperação da empresa em crise recair. Também é importante não facilitar a transposição da situação de crise de uma sociedade para a outra que venha a se envolver na recuperação por conta de delongas do procedimento, da diversidade de interesses que devem ser compostos e, sobretudo, da perda de confiança dos agentes econômicos, seja na norma, seja no sistema.

Passa-se, então, ao plano das estratégias que devem ser desenhadas para que a operação de reorganização, envolvendo outra(s) sociedade(s), seja bem sucedida. Que benefícios ou vantagens são oferecidos aos membros de outras sociedades que os estimule a aceitar a proposta? É possível eliminar prejuízos que possam afetar os resultados daquela sociedade? A que preço? Quais os custos incorridos na negociação e como dividi-los entre as sociedades, credores e empregados? Como impedir que a crise de uma sociedade se estenda à outra? As respostas a essas, entre outras questões, é que permitirão avaliar a viabilidade da proposta.

Aspecto importante a ser considerado tem que ver com aproveitamento, ou não, de eventuais prejuízos existentes na sociedade em crise. A norma fiscal impõe o levan-

tamento de balanços nas datas de realização de operações de reorganização societária e o pagamento de tributos quando houver lucros, bem como impede a compensação de prejuízos de uma sociedade com lucros existentes na outra. A apropriação do prejuízo far-se-á em parcelas, sendo que os eventuais prejuízos da sociedade em crise, seja ela incorporada por ou incorporadora de outra lucrativa, só poderão ser aproveitados para reduzir lucros gerados posteriormente à operação. Desaparece o incentivo salvacionista que via no planejamento tributário, em que se permitia a imediata compensação de lucros de uma sociedade com os prejuízos da outra, o que deve reduzir o “preço” a ser “pago” no procedimento de reorganização com fusão ou incorporação.

Por derradeiro há que observar que tanto a fusão quanto a incorporação, assim como a compra de controle societário, configuram operações de concentração empresarial, o que, em alguns casos, implicará a aprovação das autoridades responsáveis pelo sistema de concorrência no País.

A combinação de efeitos fiscais e concorrenciais pode inviabilizar o Plano de Recuperação Judicial ou dar-se-á precedência à recuperação da empresa em crise sobre outras matérias? Não há como afirmar-se que esta Lei, por especial e posterior, altera as anteriores também especiais. A jurisprudência administrativa e judicial deve atentar para o fato de que de nada adianta debelar uma situação de crise empresarial para criar outra que poderá interferir no funcionamento dos mercados.

Derradeira alternativa desse inciso é a constituição de subsidiária integral. A subsidiária integral, sociedade unipessoal prevista na Lei 6.404/1976, é técnica de separação de riscos ou, de outra forma, de imputação de riscos, sobre diferentes centros, a pessoas jurídicas distintas. Não equivale à cisão, em que há divisão de um patrimônio – ativo e passivo – mas representa a versão de bens do ativo em sociedade nova. Essa sociedade, por força do art. 251 da Lei 6.404/1976, será sempre uma anônima. Isso impõe custos e despesas próprios do tipo como publicação de balanços, entre outros. Vantagem na constituição de subsidiária integral seria a possibilidade de alienação das ações a terceiros. Desvantagem é que com a transferência de ativos de uma para outra sociedade pode-se perder capacidade de exercer parte das atividades.

A alienação das ações da subsidiária integral deve ser feita, prioritariamente, aos sócios ou acionistas da controladora. Ora bem, se tal preferência for mantida, afigura-se mais razoável que eles façam aporte de recursos para saneamento da sociedade. De todo modo, a cautela deve presidir a escolha dessa alternativa a fim de não deixar a sociedade controladora vazia, beneficiando seus sócios que ficarão com a denominada “banda boa” enquanto a “podre” se desfaz sem favorecimento dos credores.

Sobre a cessão de participações societárias observa-se que o respeito à legislação vigente, notadamente regras de preferência, sem que se leve em conta o aporte de recursos, não se vê como solução. A cessão de participações representa apenas a mudança dos membros da sociedade o que, por ser medida que afeta apenas as relações internas, sem aporte de fundos para o caixa da sociedade, é permissão legal de pouco efeito. Até porque as normas do Código Civil não eximem os sócios retirantes de suas obrigações por dívidas existentes até a data da cessão das respectivas participações.

O inciso III, alteração do controle societário, é outra norma programática. Controle é forma de poder que leva tanto à formulação de políticas e estratégias administrativas quanto à condução dos negócios sociais. O controle interno, que aparece nas assembléias-gerais ou reuniões de sócios, decorre da titularidade de participações e do exercício do

voto que garantem aos sócios ou acionistas, elegerem a maioria dos administradores e aprovarem as matérias submetidas à deliberação.²¹⁸ O controle externo resulta de acordos entre a sociedade e terceiros estranhos ao quadro associativo que, porém, lhes dá poder de veto em algumas matérias.

Controle interno depende, pois, de titularidade de ações ou cotas representativas de maioria do capital votante. No que diz respeito às anônimas, alguma coisa entre 17% e 26% das ações ordinárias (com voto). Nas demais sociedades empresárias, a maioria implica a titularidade de mais de 50% do capital social e, para certas decisões, em que o *quorum* de aprovação é maior, mais de 75%! Como alterar, em tais situações o controle da sociedade? Inexiste, no ordenamento pátrio, ações ou cotas com voto múltiplo, (ressalve-se a eleição para o conselho de administração de companhias abertas que é específica), portanto alterar o controle gera uma espécie de expropriação do voto ou das participações societárias? Se assim for, quem pagará ao sócio o valor de sua participação? Qual a ordem de preferência? Ou, na verdade, tratar-se-á de “expropriação temporária” do voto até que a sociedade tenha ultrapassado a crise? Em que medida a intervenção nas relações internas da sociedade pode ser aceita sem que provoque incertezas na administração, o que levará ao aumento de custos de transação? E, será necessária realização de oferta pública para aquisição de ações no caso de se tratar de companhia aberta? E se assim for, em face do conflito entre duas normas especiais, qual deve ser observada? Dado que no caso de recuperação interessa, se viável, manter a sociedade, a cessão de controle deve prever a oferta pública de ações – OPA – com o que o valor pago aos controladores tenderá a espelhar essa obrigação. Assim, a cessão de controle, prevista no Plano de Recuperação, deve considerar que há interesses de acionistas externos cujos direitos devem ser respeitados. Poder-se-á, talvez, argumentar que, diante de uma proposta que deveria ser aprovada pelos interessados, os acionistas todos, e tratando-se de direito disponível, podem renunciar ao *tag along* (significa que o valor pago aos controladores servirá de parâmetro para o que se pagará aos minoritários que decidam vender suas ações). Se essa for a escolha da maioria, ficariam obrigados inclusive os dissidentes? Entendo que não, porque não se poderia dar a alguns o poder para, ao renunciarem, atingirem pessoas que se opõem à medida.

Se, porém, a questão envolver alteração de controle externo, pode-se pensar em suspensão temporária do direito de voto de sócios que não souberam gerir bem a sociedade. Dar-se a alguém, credor ou terceiro, poder de veto em relação a certas operações societárias, facilita a reorganização da administração sem interferir de modo extremado no direito de propriedade. Mantém-se a titularidade das participações societárias, suspende-se o direito de voto, que pode tanto ser imputado aos até então sócios externos ao controle quanto a estranho ao quadro-societário, que, no interesse da sociedade e para superar a crise, responderão pela administração.

Em qualquer hipótese, porém, é preciso cautela, porque tanto a supressão do voto quanto a expropriação das participações devem estar bem fundamentadas sob pena de não se chegar ao resultado desejado, abrir flancos para disputas e condutas oportunistas.

²¹⁸ O art. 116 da Lei 6.404/1976 define controlador: “Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: *a*) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, do modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da Assembléia-Geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e *b*) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.”

O inciso seguinte – o III – se refere à cessão de controle, ou seja, à cessão de participações societárias representando a maioria do capital social. Presume-se que a intenção é de, mediante a cessão de controle, facilitar mudanças na formulação das diretrizes administrativas. Nesse caso o respeito aos direitos dos sócios, no que diz respeito a prioridades ou preferências, seja na aquisição quanto na alienação das participações, deve ser respeitado pelo potencial adquirente do controle. Resultado previsível será a redução do preço pago pela maioria das participações.

Comparando o inciso III com a previsão da cessão de participações societárias (inc. II), supõe-se que a retirada de sócios e a admissão de novos membros vise a obter ganhos de eficiência na administração o que, em boa medida, equivale à alienação de controle. Melhor teria sido que se unificassem as autorizações. Cessão de participações e/ou de controle para fins de alteração de diretrizes administrativas ou aporte de novos recursos produzem mesmo efeito.

Põe-se, agora a questão da realização de oferta pública para aquisição de ações no caso de se tratar de companhia aberta. É que a norma societária prevê que, nas hipóteses de cessão de controle, seja feita oferta aos acionistas não controladores. Inexistindo exceção expressa no caso da recuperação, e dado que em relação à crise da empresa interessa, se viável, manter as atividades, a cessão de controle deve prever a oferta pública de ações – OPA – de sorte que, o valor a ser pago aos controladores tenderá a espelhar a obrigação que recairá sobre o adquirente ou cessionário.

Retirar-se da sociedade mediante o recebimento do valor de suas participações seria a solução “menos pior”. Contudo, o valor de ações de sociedades em crise tende a zero, portanto, talvez conviesse manter o vínculo societário na expectativa de que, alterado o controle a sociedade venha a recuperar a saúde financeira. De toda forma, a Comissão de Valores Mobiliários deveria ser ouvida a respeito, para analisar o Plano como se fora um prospecto para lançamento de ações, o que daria maior segurança àqueles acionistas dissidentes que viessem a ser compelidos a permanecer na sociedade.

Não muito diferente da anterior, é a regra do inciso IV – substituição de administradores ou modificação dos órgãos da administração – que também implica intervenção no plano das relações internas da sociedade. Dependendo do tipo societário, os administradores devem ser sócios ou podem ser estranhos ao quadro associativo; quanto à indicação podem ser eleitos em Assembleia-Geral, no caso de sociedade por ações, ou, em outros tipos de sociedades empresárias, são nomeados no instrumento de contrato, quando da constituição da sociedade ou indicados por instrumento separado, mas sempre por decisão de sócios, maioria ou unanimidade. A norma excepciona, de forma simplista, a remoção de administradores ou a modificação de órgãos da administração – conselhos ou diretorias – independentemente da titularidade de direitos de sócio, o que a afasta das normas gerais predispostas, seja no Código Civil, seja na legislação extravagante.

A destituição de sócio-administrador nomeado no instrumento de contrato tem disciplina própria no Código Civil. Por implicar alteração do contrato, deve ser unânime (art. 997 do CC). Nomeado por instrumento separado sua destituição será feita por sócios representando a maioria do capital social (50% + 1 voto). Nas anônimas, se a administração for dual, a Assembleia-Geral elege os membros do Conselho de Administração e estes os diretores. A destituição obedece à mesma disciplina. O inciso em comento, porém, permite a intervenção externa, seja na composição dos órgãos da administração, tanto no que diga respeito ao conselho de administração quanto à diretoria ou administradores

executivos. Isso equivale à retirada do poder de voto de sócios o que, em contrapartida, deve levar à responsabilidade de quem indique os novos administradores. A cassação do direito de voto corresponde a algum tipo de avaliação da aptidão ou capacidade dos sócios na gestão da sociedade? Pode-se responsabilizá-los pela crise? A noção de risco está ínsita no exercício da empresa. Não será lógico imputar aos administradores, exceto se agiram culposa ou dolosamente, sem os cuidados mínimos na avaliação dos negócios ajustados, responsabilidade pelo resultado. Da mesma forma não se vê razoabilidade em imputar aos sócios, salvo as exceções compatíveis com o desrespeito aos deveres que a Lei prevê, responsabilidade pelos resultados. Entretanto, a nomeação por estranhos ao quadro de sócios, de administradores ou a reforma de órgãos da administração, no caso de o projeto de recuperação não atingir os resultados previstos, pode dar aos sócios o direito de responsabilizar os executores e os formuladores da proposta?

A pergunta parte da experiência com a nomeação de administradores pelo Banco Central do Brasil nos casos de intervenção extrajudicial em instituições financeiras em crise que deu margem a demandas de acionistas e controladores, mesmo frente à competência da instituição nesses casos.

Em relação às previsões da Lei 11.101/2005, em comento, pode-se argumentar que o plano deve ser aprovado pelos sócios da sociedade em crise, que o propõem e, portanto, perdem eles legitimidade para exercer qualquer pretensão por danos causados por administradores. Contudo, se o argumento parece sólido, é preciso notar que as medidas de intervenção internas, ainda que aceitas (ou impostas), implicam a perda do exercício, pelos sócios, de direitos fundamentais relativamente à condução dos negócios da sociedade entre os quais a nomeação de administradores. Sem poder de veto sobre os nomes indicados por terceiros, os efeitos das ações por eles adotadas recairão sobre a sociedade, diretamente e, sobre seus sócios, indiretamente, sem que estes possam opinar.

Claro que o poder dos administradores é discricionário, que seu exercício deve ter no fim visado, a recuperação da empresa em crise, sua diretriz e limites, mas eventuais desvios de rota são possíveis. Considerando que a dinâmica dos mercados, correções de rota do plano podem ser necessárias o que torna a atividade administrativa complexa. Custos de transação emergirão e solicitações para a adoção de medidas de garantia de riscos patrimoniais pelos administradores indicados podem onerar a recuperação da sociedade.

Na mesma linha o legislador de 2005 tratou, no inciso V da possibilidade de conferir aos credores da sociedade direito de nomear administradores e exercer o veto em relação a certas matérias previstas no Plano.

O exercício de poder de veto, já se disse anteriormente, equivale a controle externo, usual em muitos casos no que concerne a limites de endividamento da sociedade. Órgãos como o BNDES, FINEP, entre outros, costumam prever, contratualmente, para a concessão de empréstimos ou financiamentos de longo prazo, regras para prevenir futura incapacidade de pagamento. Dir-se-á, talvez, que a cláusula denota cautela no repasse de recursos públicos e, portanto, é razoável. Estendida para todos os credores, a norma permite a ingerência externa em assuntos internos da sociedade, visando a beneficiar credores. Porém, como os credores têm um só interesse comum, a satisfação de seus créditos, e outros conflitantes, entre os quais terem ou não garantias, preservação de empregos ou a distribuição de produtos, é importante notar que os administradores por eles eleitos devem defender os interesses da sociedade administrada, e não os de qualquer

classe de credores. Deveria, pois, haver regra que permitisse a destituição de quaisquer administradores, seja pelos credores, seja pelos sócios da sociedade, se ou quando ficasse evidenciada a gestão que favoreça classe de credores.

Quanto ao poder de veto, não poderá ser exercido de forma arbitrária. Fundamentar o veto que só se justificará se em benefício da boa administração da sociedade, reduz custos de transação presos ao poder de ingerência nas relações internas da sociedade.

O inciso VI, ao considerar o aumento de capital um dos meios de recuperação da sociedade em crise, deveria explicitar que isso pode ser feito tanto pelo aporte de recursos de sócios, de novos investidores, quanto pela conversão de dívida em capital. É que tanto o aporte de novos recursos, quanto a conversão de dívida em capital (medida contábil), podem ter como resultado a modificação das relações de poder internas da sociedade. A entrada de novos investidores – seja mediante o aporte de recursos, seja convertendo dívida em capital – altera a composição (divisão) do capital entre os antigos membros da sociedade. Uma vez que se trata de investimento permanente, ainda que se permita a cessão futura das participações, é inegável o impacto da capitalização sobre a estrutura de poder no curto prazo. Eventuais preferências dos sócios na subscrição de aumentos de capital serão afastadas pela adesão destes ao plano.

Tendo em vista que a legislação permite a redução do capital quando este for exuberante, desnecessário para o exercício da atividade, seria viável considerar que os aportes feitos sob o amparo do inciso VI do art. 50 pudessem ser, em data futura, objeto de devolução aos investidores? Uma vez recuperada a sociedade, satisfeitos os credores anteriores, caberia reduzir o capital social com a devolução, apenas aos novos sócios, de suas participações no acervo social? Houve quem pensasse em ações resgatáveis, o que responderia à pergunta. Mas, o ordenamento pátrio, mesmo facultando a redução de capital das sociedades, não permite que se contemple certos membros da sociedade com um “direito de retirada especial”. O resgate se faz em relação a todas as participações de uma mesma espécie ou classe, mediante sorteio. Inexistindo amparo legal, impossível considerar-se factível aportes temporários de capital com garantia de retirada futura.

Outra possibilidade de aumento de capital é a conferência de bens. A par da questão da responsabilidade pela estimação do valor dos bens, uma tal capitalização deve ser considerada apenas se, e quando, o bem cuja propriedade será transmitida à sociedade seja útil e necessário ao desenvolvimento da atividade. Sem isso não interessa promover o aumento do capital social, a pretexto de que será feito o saneamento da sociedade. Ainda que algum índice na relação ativo-passivo melhor, não há certeza ou garantia de que a recuperação da sociedade será bem sucedida.

A transmissão de bens inadequados às operações sociais a pretexto de que podem servir para garantir obrigações ou têm valor de mercado não atende ao previsto no inciso. Se o bem pertence a sócio e pode ser facilmente alienável, melhor que o sócio se responsabilize pela alienação e aporte recursos líquidos. Se pertencente a terceiro que, dessa forma passaria a ser membro da sociedade, com mais fundamento impor-se-ia se fizesse a contribuição para o capital social em moeda corrente. Como nem sempre a liquidação de ativos se faz pelo valor do bem, somando-se o lapso temporal entre o momento em que se anuncia a venda do bem e sua consumação, o preço pode variar para mais ou para menos. A venda rápida de qualquer bem, de seu lado, tende a fazer com que o preço caia em virtude da necessidade de caixa, o que, no caso, pode agravar a crise de iliquidez ou de insolvabilidade já instalada.

No inciso VII, a Lei permite o trespasse ou o arrendamento de estabelecimento, devendo atender às prescrições constantes dos arts. 1.142 a 1.149, do Título III, do Livro II do Código Civil. Nesse sentido, o art. 1.143 toma o estabelecimento como unidade, enquanto que o 1.145, ao tratar de responsabilidade, determina que, nos casos de alienação do estabelecimento, a eficácia da operação depende de o alienante dispor de bens suficientes para solver o passivo, ou, caso não os tenha, ficar a eficácia subordinada ao consentimento expresso ou tácito dos credores no prazo de 30 dias contados da notificação da operação. Dessa forma, o Plano de Recuperação, que prevê o trespasse do estabelecimento, requer a adesão de todos os credores, ou, no mínimo, a inexistência de oposição para ser eficaz.

Quanto aos débitos existentes e anteriores ao trespasse, desde que vinculados contabilmente ao estabelecimento, dele não se destacam, formando-se, pois, um patrimônio especial ou separado (art. 1.146), ficando o adquirente responsável pelo seu pagamento. O alienante continua solidariamente obrigado pelo prazo de 1 ano, contados, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos que estão por vencer, da data do vencimento. A sub-rogação do adquirente nos contratos celebrados para a exploração do estabelecimento que não tenham caráter pessoal, personalíssimo seria melhor termo, (art. 1.148) atendem ao desiderato de preservação da atividade o que, ao menos dentro no prazo de 90 dias, é eficiente. Entretanto, no caso de recuperação judicial, talvez conviesse excepcionar norma para dar ao adquirente a faculdade de manter, ou não, os contratos, devendo manifestar-se no prazo de 60 dias da data em que o trespasse seja averbado.

Note-se que o estabelecimento, conceituado como universalidade de fato pela doutrina anterior, ganha contorno de patrimônio especial na positivação do Código Civil. As obrigações a ele vinculadas são transmitidas juntamente com os ativos que o compõem, pelo que ficariam excluídas, por força das normas especiais, as obrigações tributárias e as trabalhistas, além do limite da Lei 11.101/2005.

Indisputada a importância dessas exclusões e limitações no que diz respeito ao passivo ligado ao estabelecimento que reduzem o temor de interessados por conta dos denominados “passivos a descoberto”.

Resta um problema que tem que ver com a transferência de estabelecimento único. Uma tal proposta se assemelha à de dissolução e liquidação da sociedade porque se o estabelecimento constitui a base material destinada ao exercício da atividade sua alienação priva a sociedade dos meios necessários para fazê-lo. O objeto social não poderá ser concretizado, e a pessoa jurídica fica esvaziada devendo-se ou refazer a base material, organizar novo estabelecimento, ou alterar o objeto social de forma a dispensar-se, se viável, sua existência. A proposta de trespasse do estabelecimento serve apenas para acelerar o processo de liquidação de ativos e pagamento do passivo que poderá levar à dissolução da sociedade por impossibilidade de realização do objeto social. Seria essa a decisão dos sócios, dissolver a sociedade de forma indireta?

O arrendamento do estabelecimento se assemelha a uma locação, podendo ao negócio ser acrescida uma cláusula de opção de compra ou até mesmo de opção de venda. Também nessa hipótese, caso se trate de estabelecimento único, a sociedade terá, enquanto perdurar o arrendamento, como objeto essa atividade, o que implica alteração do contrato social para mudança de objeto. Tal alteração deve ser aprovada pela unanimidade dos sócios, nos termos do art. 999 do CC, conquanto, deferida a recuperação judicial, seja esta decorrente da aprovação do plano proposto pelos sócios da sociedade e aprovado

pelos credores, poderá o magistrado determinar a averbação de tal mudança à margem da inscrição no Registro Público de Empresas para que produza seus regulares efeitos, sob pena de ser dissolvida a sociedade por inexecuibilidade do objeto social.

Trespasse do estabelecimento a sociedade constituída pelos empregados que, dessa forma, serão responsáveis pela geração de recursos para pagamento de seus salários e lucros para distribuição, além de pagamento de outros credores, não é solução mágica aplicável a qualquer empresa. A sofisticação da administração na atualidade demanda conhecimentos que ultrapassam aqueles adquiridos na prática. Vai além do domínio do processo produtivo. A proposta que tem caráter social pode esconder riscos significativos sendo necessárias medidas de contenção para evitar que se espalhem no setor da economia em que a sociedade opera.

A autorização para que o estabelecimento seja transferido ou arrendado à sociedade constituída pelos empregados pode ser aplicada, analogicamente, para as hipóteses de cisão da sociedade com versão da parcela cindida a outra sociedade, nova. Nesse caso, poder-se-á considerar que a transmissão de parcela do patrimônio cindido é uma forma de liquidação de obrigações trabalhistas.

O inciso VIII, que contempla matéria de direito do trabalho, é inovador no sistema brasileiro. Primeiro porque a norma está inserta em lei especial que não de caráter laboral. Depois porque prevê uma espécie de transação entre empregados e empregador celebrada mediante acordo particular ou derivada de convenção coletiva. A questão fundamental tem que ver com o entendimento de que, na crise da empresa, seja admissível a idéia de que os direitos trabalhistas são disponíveis. Preservando a transitoriedade dessas transigências, garantem-se os empregos dando fôlego para a adoção de outras medidas saneadoras que mantenham as operações da sociedade.

Pensar-se esse arranjo na forma de um jogo estratégico facilita entender seu alcance e importância. Interessa aos empregados manter os postos de trabalho, ainda que para tanto sacrifiquem parte da remuneração, seja pela redução dos salários que podem até mesmo ficar abaixo do piso da categoria, não, porém, abaixo do mínimo legal, exceto quando ajustada a redução da jornada de trabalho. Comparando-se o quadro ao Dilema do Prisioneiro, a melhor (ou “menos pior”) opção para todos é “não confessar”, ou seja, entre reduzir o salário mediante redução da jornada, compensar horários, quer dizer, trabalhar mais do que as 40 horas semanais sem receber as verbas correspondentes, para posterior compensação, se e quando a sociedade superar a crise, de um lado, e postergar pagamentos para manter o nível de atividades, de outro, ou reduzir a jornada e a remuneração de forma a adequar o nível de produção, seja à demanda, seja à capacidade financeira da sociedade, as alternativas são equivalentes. A eficiência potencialmente benéfica de tal previsão é de elogiar.

O inciso IX traz para o quadro de alternativas formas tradicionais de extinção de obrigações, a saber: a novação – extinção de uma obrigação e assunção de outra – ou a dação em pagamento que nada mais é do que o adimplemento de obrigação em que o credor aceita outra prestação que não a originariamente contratada.

Sobre novação remete-se ao Código Civil – art. 360, que trata de novação objetiva e subjetiva de obrigações. No caso de novação objetiva, uma obrigação é contraída entre as mesmas partes para substituir outra, anterior. Se a novação for subjetiva – muda o credor ou o devedor, interessa ao programa de recuperação judicial esta última possibilidade. Algum terceiro assume, em seu nome, a obrigação que, dessa forma, desaparece a dívida

de seu passivo. Sem solidariedade da sociedade pela dívida após a novação de devedor, melhora a composição do passivo da sociedade. Novação de credor produzirá efeito interessante se for dado compensar, por confusão, com algum crédito que a sociedade tiver contra terceiro. Sendo as obrigações de mesmo valor e exigíveis por serem vencidas, a compensação não altera o equilíbrio entre ativo e passivo, mas pode interessar às partes envolvidas.

A dação em pagamento em que a dívida é quitada não em moeda corrente com poder liberatório, mas mediante a entrega de bem (ou bens), precisa ser analisada com cuidado. É que, se houver no ativo social bens desnecessários ao exercício da atividade, vê-se de modo favorável a possibilidade de utilizá-los na dação em pagamento. Se, de outro lado, os bens que interessem ao credor forem necessários ao exercício da atividade, qualquer proposta deve ser rechaçada por conflitar com o interesse de manter a atividade.

Merece análise o valor pelo qual o bem, na dação em pagamento, é transferido ao credor. Sendo bem de que a sociedade não tem necessidade para a manutenção de sua atividade, deveria aliená-lo pelo preço de mercado, (se houver mercado). Transferir o bem a título de dação por valor inferior ao mercado é má decisão administrativa vez que acentua o desequilíbrio negativo entre ativo e passivo; ainda que alguma(s) dívida(s) desapareça(m) do balanço, o fato de o valor do ativo ser maior do que o abatido no passivo, portanto o benefício não se justifica, não é eficiente a solução alvitrada.

No inciso X, o legislador mais uma vez avança em matéria que é estranha à sociedade em crise e “permite” que os credores constituam sociedade. A pergunta é: poderia opor-se a que pessoas que têm em comum um mesmo devedor, ajustassem entre si uma sociedade ou até uma associação? A norma do art. 981 do CC permite a qualquer pessoa capaz ajustar a contratação de sociedade; salvo ilicitude do objeto, não há vedação legal. Portanto, não se trata de questão retórica. Como impedir que os credores, *sponte sua* se organizem em grupos ou sociedades?

Nova dúvida quanto á eficácia da disposição tem que ver com o tipo de sociedade a ser escolhido. Dificilmente a opção recairá sobre uma forma societária em que haja sócios de responsabilidade ilimitada, portanto restam duas alternativas: a limitada e a anônima. Nos dois casos, o capital social seria integralizado com os créditos contra o devedor e, portanto, os credores subscritores seriam solidariamente responsáveis pela solvência do devedor. Surrealista imaginar que alguém, cujo crédito já é de liquidação duvidosa, aceite esse novo risco, sem alguma garantia; essa garantia pode estar na obrigatoriedade de a sociedade em crise fazer dação em pagamento de alguns bens que permitam operar a nova sociedade, ou que se siga à matrícula o trespasse de estabelecimento ou, após aprovar a cisão da sociedade, a versão da parcela cindida naquela organizada pelos credores. Em qualquer hipótese é preciso que a nova sociedade possa operar, exercer atividade e buscar lucros.

Como as participações dos credores no capital social da nova sociedade resultarão dos montantes dos créditos utilizados na integralização do capital social, matriculada a sociedade e transferidos os bens, a base material para o exercício da atividade econômica, serão preservados empregos, o que satisfaz aos trabalhadores; quanto aos credores, porque terão a administração do negócio, se forem eficientes auferirão lucros, partilhados na proporção das participações o que estimula a adesão ao esquema. Problema a ser considerado é a mobilização do crédito que se segue à constituição da sociedade, que sugere a conveniência de impor alguma restrição temporal à cessão das participações

a fim de preservar a estabilidade da administração. Considerando-se que os credores partirão da relação custo-benefício para sopesar o que é mais conveniente, transferir os créditos para a sociedade ou submeter-se ao procedimento de recuperação, novamente estar-se-á diante de decisão estratégica dos credores.

A lógica desse modelo depende do convencimento dos credores de que haverá vantagens, no médio e longo prazos, que compensem a perda de liquidez, de fato real, no curto prazo. Devem estar convencidos de que o Plano de Recuperação é viável, que produzirá resultados econômico-financeiros que remunerem o investimento feito com a imobilização temporária do crédito, que há possibilidade de obterem algum ganho extraordinário, e a saída do negócio é segura, ainda que o valor dos haveres não seja idêntico ao do crédito vertido.

Uma tal sociedade celebrada entre pessoas que têm um interesse comum, receber os créditos, e que, no longo prazo podem ter interesses divergentes, requer pensar estrategicamente o futuro e optar pela alternativa menos ruim.

Resta a questão dos credores com garantias. Pode-se preservar a prioridade ou privilégio? Será que a perda das garantias piorará sua posição em relação ao recebimento do que lhes é devido? Que estratégia adotar para atraí-los? O embate entre credores com diferentes prioridades de recebimento dos créditos é complexo; como criar estímulos para que as diferenças entre credores quanto às prioridades e privilégios de forma não se transformem em empecilho ao bom resultado da modelagem? Talvez criar participações com prioridade na partilha de resultados, resgate antecipado ou outra vantagem de natureza patrimonial atenda aos interesses de todos.

A venda parcial dos bens, constante do inciso XI, precisa ser qualificada. Que bens devem ser considerados? Estoques de produtos acabados são destinados à venda, portanto a previsão não se refere a eles. Quanto a matérias primas e/ou produtos em elaboração, salvo a possibilidade de se obter valor mais elevado com sua alienação do que após a elaboração, não se vê fundamento para autorizar a redução do ativo. No que diz respeito aos bens de produção, retoma-se a posição anteriormente apresentada de que apenas aqueles não necessários à manutenção da atividade podem ser cogitados para fins de alienação.

Curiosa a previsão do inciso XII que dispõe sobre a equalização de encargos financeiros, sobretudo quando o art. 49, § 2.º permite que as condições originais sejam mantidas. Equalizar significa tornar igual, uniformizar alguma coisa. Encargos financeiros são os acréscimos incidentes sobre operações de mútuo e compreendem juros, taxas de abertura de crédito, de manutenção de crédito, de análise de projetos e repasse de recursos financeiros, entre outras. Desse conjunto o mais relevante é o juro, preço cobrado pelos recursos financeiros tomados pelo devedor junto a instituições financeiras, a fornecedores, ou a outros detentores de recursos. Se juro é preço do crédito, a taxa que o representa é formada pelo custo do dinheiro acrescida do risco de inadimplemento, mais o lucro da instituição financeira. Vale dizer algum valor acima do requerido para a cobertura de despesas de administração.

A análise da instituição financeira na concessão de crédito a cada agente econômico leva em conta sua capacidade para pagar, seu histórico, as garantias oferecidas, entre outros elementos como a demanda por crédito e a política monetária do governo.

Demais disso, cada credor – instituição financeira, fornecedor, governo, administradores de cartão de crédito – deve respeitar limites na concessão de crédito a fim de

manter a higidez do sistema financeiro em geral. Daí as diferenças nas taxas de juros que têm que ver tanto com a capacidade do concedente do crédito quanto com a do devedor para honrar suas obrigações. A equalização dos encargos financeiros, determinada no inciso XII do art. 50, vai na direção oposta à da lógica da fixação dos juros e demais encargos. Mas, pior que isso, falta definir a base para fins de proceder-se a tal equalização, o piso ou o teto em que alguns perderão parte da receita prevista.

Que critério há de ser adotado? Na vigência da legislação anterior a taxa de juros era fixada em 6% ao ano podendo ser pactuada taxa igual ao dobro da legal, isto é, 12% ao ano. Com a exclusão das instituições financeiras desse teto, seguindo-se a elas os cartões de crédito, para ao final, eliminá-la, substituída que foi pela SELIC no Código Civil, para cálculo dos juros legais na cobrança judicial de obrigações, será este o novo teto de juros que equalizará os encargos financeiros na recuperação judicial? E os empréstimos cuja taxa é inferior à SELIC, aumentar-se-á esses encargos? Haverá predisposição das instituições financeiras para reduzirem o valor dos encargos financeiros? Quem sabe pensar em média ponderada dos encargos facilitaria a adesão ao plano?

A frase final do parágrafo “sem prejuízo do disposto em legislação específica”, por seu turno, denota que haverá exceções quanto à pretendida equalização de encargos. Isso não tenderá a fazer com que os fornecedores de crédito tratem de buscar amparo nessas normas especiais que lhes parecerem mais favoráveis do que a regra geral? Afinal o que se pretende é definir critérios gerais que repartam entre os credores o ônus da recuperação da empresa em crise, fazendo com que internalizem perdas em virtude do que se denomina função social da empresa. Pode-se entender que se o credor é pouco diligente na avaliação da capacidade financeira e administrativa do devedor, que suporte as perdas daí decorrentes. Quando, entretanto, se garante a alguns certos privilégios, está-se a desestimular que exerçam, de forma diligente, seu mister. De outro lado, diante da possibilidade de perdas superiores ao previsto, o que os credores tenderão a fazer será precificar o crédito de maneira a cobri-las distribuindo-as sobre a coletividade. Assim, razoável supor que, em alguma medida, o ônus da equalização dos encargos acabará sendo distribuído, entre todos os tomadores de crédito, numa espécie de mutualidade.

Desligado do trespasse e arrendamento do estabelecimento, o inciso XIII faculta o usufruto da empresa. O que seria essa figura? Usufruto é direito real sobre coisa alheia que confere ao titular o uso e gozo do bem. Teria o legislador *reificado* a empresa? Se empresa é objeto de direito, que espécie de bem é? Móvel, fungível, divisível, e singular móvel, infungível, indivisível e coletivo?

Nenhuma das alternativas atende à noção de empresa, portanto de supor que se trata de um direito similar à anticrese, isto é, o credor tem o direito de administrar a empresa e fruir dos resultados produzidos. Se assim é, porque não empregar o termo técnico, preciso e adequado para descrever o fato? Não se vê óbices em outorgar a alguns credores essa garantia, a anticrese, para que administrem a sociedade, recebendo, em pagamento da dívida, o lucro que produzam. Na verdade essa alternativa está, parcialmente, contemplada no inciso V em que se dá aos credores poder de veto relativamente a certas matérias. Também não diverge muito da nomeação de administradores da sociedade por credores. Na verdade, a pletora de incisos ao art. 50 é elenco em que, a cada manifestação de alguém, se acresce mais uma possibilidade e, ao invés de grupá-las segundo alguma razão lógica, são jogadas sem ordem ou prioridade.

Além do inciso V que já se refere à administração com eleição de administrador pelos credores, fala-se em administração compartilhada, (inc. XIV) ou seja, administração (cargos?) dividida igualmente entre credores e sócios da sociedade. A concepção de administração compartilhada, que surge pela inclusão de minoritários na tomada de decisões nas anônimas, foi formulada para acalmar demandas, portanto desenhada para outro campo de embates. Maioria e minoria nas sociedades disputam poder o que não é o caso na recuperação da empresa em crise, daí entender-se ser inadequada para essa situação. Imaginando que cada uma das partes elege administrador(es) em igual número e que as decisões administrativas sejam sempre tomadas por consenso, unanimidade, o custo de transação aumenta, uma vez que os procedimentos serão mais lentos. A eficácia de uma tal medida é questionável, se é que existe, no campo da recuperação de empresas em crise.

Emissão de valores mobiliários (inc. XV), evidente, só pode ser aplicada quando se tratar de companhia, uma vez que, nos termos da legislação, apenas elas podem emitir esses documentos. Emitir valores mobiliários significa: a) emitir novas ações para aumento de capital (inc. VI); b) emitir títulos de dívida ou debêntures, conversíveis, ou simples; c) emitir opções para a compra de ações o que implica previsão de aumento de capital. Ora bem, se a crise afetar uma anônima, caberia a seus acionistas, aos titulares de ações com direito de voto, considerar a possibilidade de obter recursos para saneamento da companhia recorrendo para tanto ao mercado de capitais.

Ocorre que, em mercados eficientes o preço dos valores mobiliários reflete imediatamente, as contingências enfrentadas pela sociedade, razão pela qual o preço de emissão das ações deverá ser baixo. As debêntures deverão oferecer juros elevados e o prazo de resgate deveria ser curto. As perspectivas sombrias levarão a pensar que a emissão de valores mobiliários servirá para transferir o controle da sociedade a novos investidores, o que já está previsto no inciso III. Tem-se, pois, mera explicitação de um dos mecanismos para a transferência do controle da sociedade para terceiros.

Outro esquema milagroso criado para perseguir a separação de riscos é a sociedade de propósito específico. Trata-se de uma sociedade de objeto único, determinado para atender a uma finalidade, que é, em geral, a segregação de ativos para preservá-los ou separá-los do conjunto de bens de outra sociedade ou do ativo patrimonial de pessoas naturais. Na maior parte dos casos a SPE (Sociedade de Propósito Específico), ou SPC (*Special Purpose Company*), na denominação norte-americana, é organizada para dar a certos agentes econômicos alguma segurança que os induza a aceitar operações de maior risco.

Uma das mais conhecidas aplicações da criação de SPE está presente nos processos de securitização de dívidas ou de créditos. Os créditos são transferidos a uma SPE com o que ficam separados dos demais ativos da sociedade que os gerou. Em seguida a SPE emite títulos cujo lastro são aquelas obrigações e os distribui em mercado. Desse procedimento surgem dois efeitos: a) os créditos (ou contas a receber) são separados das atividades da sociedade, não sendo mais afetados pelos resultados operacionais daquela; b) integrados no ativo da SPE os créditos suportam a emissão de outros títulos, as *securities*, usualmente debêntures. Como as debêntures são valores mobiliários representativos de parcelas de um mútuo, a securitização de recebíveis mobiliza recursos de médio ou longo prazo de maturação, mediante a pulverização do montante total dos créditos que servem de base para a operação.

Assim, a emissão de valores mobiliários, prevista no inciso XV do art. 50, permitirá operações de securitização com créditos da sociedade em crise, obtenção de recursos

de mais longo prazo, melhorando o perfil da dívida. Nesse caso específico, qualquer tipo de sociedade pode ser a originadora, constituindo-se uma SPE sob forma anônima e, em seguida transferindo a esta sociedade os créditos. Distribuídas as debêntures, as duas sociedades ajustarão entre si a forma pela qual a SPE emprestará os recursos para a originadora. Engenhosa operação para levantar recursos de forma pulverizada junto ao mercado. As SPE, em geral, são sociedades transitórias, quase que *unius negotiationes*, não havendo interesse em mantê-las depois de resgatadas as debêntures.

Combinar os incisos XV e XVI seria boa medida de política legislativa uma vez que facilitaria a compreensão das duas autorizações: emissão de valores mobiliários e criação das SPE, que, associados, denotam a lógica econômica subjacente às normas jurídicas.

Adjudicação, sabe-se, é ato judicial mediante o qual o juiz dá a propriedade e posse a alguém de determinados bens até então na posse de outrem. Salvo pela declaração judicial, a adjudicação dos bens do devedor à sociedade de propósito específico não foge do quadro da dação em pagamento anteriormente analisada. As ressalvas feitas acima cabem igualmente aqui.

Talvez a crítica mais contundente ao art. 50 tenha que ver com a pleora de dispositivos representada pelos dezesseis incisos, muitos deles espelhando outros antecedentes. A clareza na formulação de regras jurídicas é importante quando se pretende induzir comportamentos ao oferecer opções diferenciadas aos agentes econômicos, como é o caso da recuperação judicial.

Boa técnica legislativa demanda clareza de comando para que não sejam criadas dúvidas de interpretação; a eficiência que se espera dos comandos normativos depende de estarem próximos das instituições sociais, o que, no que diz respeito à recuperação de empresas em crise, não permite condutas oportunistas, predatórias, que, a par de serem socialmente indesejáveis pelos efeitos gerados, levam ao descrédito dos institutos.

Difícilmente algum Plano de Recuperação Judicial terá como fundamento apenas um dos incisos. Da combinação de vários deles é que se poderá avaliar a probabilidade de sucesso ou fracasso da proposta. E, como várias alternativas apenas serão operacionais se combinadas com outra, a só redação do *caput* com a expressão “dentre outros” seria suficiente para dar espaço à criatividade dos empresários na formulação de projetos de recuperação das empresas em crise. Se a estes faltasse imaginação, recurso à colaboração de consultores, especialistas em avaliar sociedades empresárias, bastaria para levar ao fim visado.

Passando aos parágrafos ao art. 50, duas são as matérias disciplinadas e, nos dois casos, o respeito ao direito dos credores é o suporte das regras. No primeiro, trata-se de garantias reais, no segundo de obrigações em moeda estrangeira.

Quanto aos bens objeto de garantia real, garantia essa que se exerce *erga omnes*, poder-se-ia considerar que o adquirente reservaria parte do preço a ser pago para fins de liquidação da obrigação, com o que a garantia deixa de ser eficaz, o legislador determina que sua supressão ou substituição demandam aprovação do credor garantido. Outra não poderia ser a solução, sob pena de se tornar o sistema de garantias imprestável. Dúvida imediata está em compreender porquê o credor abriria mão de uma garantia sem qualquer compensação, portanto a hipótese de supressão é remota. Quanto à substituição, vem à mente a idéia de relação custo-benefício. As garantias reais, mesmo que de difícil execução, vêm travestidas de uma aura de solidez. Substituir uma garantia por outra, menos sólida ou de execução mais difícil contraria a lógica. A mais ingênua das pessoas não trocaria

uma posição por outra pior sem que visse nisso algum ganho imediato. De crer que planos fundados nesse modelo tenderão a não serem aceitos pelos prejudicados.

Por derradeiro, no § 2.º o legislador envereda pelos problemas gerados por conta de operações em moeda estrangeira. Incluem-se aqui importações, empréstimos, pagamento de *royalties*, entre outros. Como moeda estrangeira é coisa, seu preço não é fixo. O que se denomina de variação cambial, nada mais representa do que a cotação (preço) da moeda estrangeira em moeda corrente nacional.

No que diz respeito à concordata, o art. 163, § 1.º, do Dec.-lei 7.661/1945 dispunha que os créditos vencidos seriam corrigidos monetariamente pela variação do Bônus do Tesouro Nacional e sobre eles incidiriam juros de até 12% ao ano. As obrigações vincendas poderiam, a critério do devedor, ser regidas pelos termos e condições anteriormente ajustados.

Agora a regra é que as obrigações anteriores à recuperação observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que concerne aos encargos, salvo se acordado de outra forma no Plano de Recuperação Judicial (art. 49, § 2.º). Esse comando vem reproduzido no § 2.º ao art. 50 no que se refere à variação cambial, tomada como indexador, salvo se o credor anuir em abrir mão desse índice.

Considerando que operações em moeda estrangeira têm base em relações com residentes em outro país, e dado que moeda com poder liberatório, para essas pessoas, é a sua moeda corrente, aceitar outro indexador que não a variação cambial significa suportar o risco de valorização e desvalorização da moeda corrente brasileira em face de sua moeda nacional. Fazer algum *hedge* para se proteger desse efeito é salutar, mas, operações de *hedge* têm custos. A exigência de aprovação expressa do credor de moeda estrangeira que venha a aceitar moeda nacional em pagamento é forma de preservar a relação de paridade entre as duas moedas. Serve para que os estrangeiros não se sintam ameaçados, nos casos de recuperação judicial, por medidas unilaterais que transfiram a eles o denominado risco cambial. Sob tal aspecto a norma é eficiente.

Seção II

Do pedido e do processamento da recuperação judicial

RACHEL SZTAJN

Esta seção da Lei entra em questões formais e de processamento do pedido de recuperação judicial. Ênfase em questões documentais que suportem a pretensão são combinadas com decisões judiciais relacionadas à administração da crise, manifestações de credores, apresentação do Plano de Recuperação e sua implementação. E, no caso do pedido de recuperação judicial, os deveres que recaem sobre o administrador quanto à produção de informações são relevantes para o desfecho da recuperação, se deferida. O legislador manteve o tipo de desenho das normas que, tal como na seção antecedente, são normas gerais. Os comandos legais não fogem nem destoam do que se esperaria que qualquer empresário ou sociedade empresária obedecessem no curso regular da atividade econômica.

Algumas das exigências têm caráter subjetivo, mesmo quando a formulação venha tratada como matéria objetiva. Algumas exigências reproduzem fórmulas presentes na legislação anterior, outras são novas, destinadas a melhorar a qualidade dos controles exercidos ao longo do período de recuperação da sociedade em crise.

A assimetria informacional é fonte de desequilíbrio nas relações entre particulares, e, as vantagens que a parte, que dispuser de melhor informação na formulação de estratégias negociais, terá são inegáveis. Portanto, é preciso investigar a prestabilidade das informações a serem prestadas pelo devedor no pedido de recuperação judicial para avaliar a eficácia das normas positivadas. Temendo, talvez, que o desequilíbrio entre as informações internas do devedor, em geral, corretas, e as que são transmitidas aos credores acentue a assimetria entre os grupos, o legislador não abriu brechas e detalhou, de forma que se imagina exaustiva, matérias que poderiam ter sido grupadas sem prejuízo para estes. O detalhamento foi tanto, que o art. 51, ao relacionar os documentos que devem instruir a petição inicial, previsto no *caput*, chegou a nove incisos, aos quais se seguem mais três parágrafos!

Art. 51. A petição inicial de recuperação judicial será instruída com:

I – a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira;

II – as demonstrações contábeis relativas aos três últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de:

- a) balanço patrimonial;
- b) demonstração de resultados acumulados;
- c) demonstração do resultado desde o último exercício social;
- d) relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção;

III – a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente;

IV – a relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento;

V – certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores;

VI – a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor;

VII – os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras;

VIII – certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial;

IX – a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados.

§ 1º Os documentos de escrituração contábil e demais relatórios auxiliares, na forma e no suporte previstos em lei, permanecerão à disposição do juízo, do administrador judicial e, mediante autorização judicial, de qualquer interessado.

§ 2º Com relação à exigência prevista no inciso II do *caput* deste artigo, as microempresas e empresas de pequeno porte poderão apresentar livros e escrituração contábil simplificados nos termos da legislação específica.

§ 3º O juiz poderá determinar o depósito em cartório dos documentos a que se referem os §§ 1º e 2º deste artigo ou de cópia destes.

RACHEL SZTAJN

A petição inicial, além de atender às disposições aplicáveis do Código de Processo Civil, no que concerne a documentos informativos, deve ser acompanhada dos previstos nos incisos abaixo comentados. Algumas das informações são objetivas, outras têm caráter subjetivo, elaboradas que serão pelo devedor conforme sua leitura dos fatos. Convém lembrar que o pedido de recuperação judicial, que, em princípio, não está preso à idéia de urgência e sigilo, os quais, segundo entendimento doutrinário quanto ao pedido de falência e concordata, justificavam fosse feito pelos administradores e, em seguida, ratificado pelos colegiados societários, no caso da recuperação, a administração fica limitada, devendo o pedido ser precedido por reunião de sócios ou acionistas, na qual os administradores explicarão a instalação da crise e o que se pretende obter com a recuperação judicial.

Raramente a crise é fruto de um evento isolado. Em regra, resulta de decisões administrativas, cujos efeitos negativos aparecem paulatinamente. Não sendo tomadas medidas corretivas no momento adequado, os efeitos não apenas se perpetuam como podem agravar o problema. Por isso que, entre os documentos que devem acompanhar a petição inicial, o primeiro deles visa a um relato no qual se expliquem as causas do problema.

Essa explicação é a que os administradores deveriam oferecer aos membros da sociedade. Não se justifica que os maiores interessados na continuidade dos negócios sejam privados, ou que lhes seja subtraída informação interna. Daí que a convocação dos sócios ou acionistas para que tomem conhecimento dos problemas administrativos e da proposta de equacionamento seja afastada. A administração das sociedades, na forma prevista no Código Civil, impõe aos nomeados condutas ética e tecnicamente desenhadas de forma a tutelar os interesses da sociedade, diretamente, e de seus membros, empregados e credores, indiretamente.

I – Relatório expando as causas concretas e as razões da crise econômico-financeira. Relatório é a exposição detalhada e fundamentada que retrata uma situação gerada por um ou uma série de fatos ou eventos. Esse relatório deve compor o corpo da petição inicial, não se trata de documento ou anexo. Porque se assim fora, seria nada mais do que a repetição dos fatos que explicam a pretensão, repetição dos motivos pelos quais a crise se instalou. Esses motivos devem estar fundados em eventos imprevistos e incontornáveis, portanto fora do controle da administração, ou podem derivar de falta de diligência na condução das atividades da empresa. Insistir em que é preciso informar as causas concretas, materialmente importantes para o resultado, é redundância e de má qualidade, porque ou os argumentos formulam a relação de causa e efeito, ou então se trata de argumentos imprestáveis para justificar o evento crise.

Causa significa razão, motivo, explicação, assim como aquilo que origina, determina um efeito, “o princípio que faz com que alguma coisa se torne o que é”, segundo Aristóteles, determinando suas características essenciais. Razão é o que justifica um ato ou fato, o motivo, a causa, em suma.

Causa concreta servirá para indicar o real motivo gerador do desequilíbrio patrimonial, a crise econômico-financeira. Ou seja, é preciso expor, de forma clara e articulada, as razões que geraram a crise da empresa que, como se intui, não é resultado de uma só decisão equivocada. Em atividade, série de atos ou negócios funcionalizados entre si para levar a um resultado, a crise é parte desse processo contínuo. O desfecho pode ser determinado pontualmente, porém não se desvincula da atividade.

Daí que o que se afigura uma declaração objetiva pode ser contaminada pela óptica de quem relata, portanto ganha contornos ou conteúdo subjetivo; o relato, a exposição dos motivos que produziram a desconfortável situação que inviabiliza o pagamento das obrigações passa pelo crivo (e crítica) do relator ou expositor que expõe segundo sua óptica e seu interesse. Lembre-se que os pedidos de concordata preventiva, fundados no Dec.-lei 7.661/1945, tinham como explicação causal da crise de liquidez as altas taxas de juros praticadas pelo sistema financeiro; esse fato, externo ao empresário não seria a ele imputável, assim como não se pode atribuir culpa a quem não saiba fazer conta se receber como troco valor diverso do correto. Portanto, exigir, tal como formulado no inciso I que o relato apresente as causas concretas da crise, não impedirá que o empresário impute a terceiros as razões do fato. Dificilmente, por conta da responsabilidade penal, assumirá alguém que os atos de gestão nem sempre seguiram os padrões de diligência e cautela requeridos ou que providências deixaram de ser adotadas em tempo hábil para evitar ou minorar a crise.

II – Em seguida, se requer sejam apresentadas demonstrações contábeis relativas aos 3 últimos exercícios sociais, além da relativa ao momento atual, que refletirá o estado atual dos negócios sociais. A apresentação dessas peças relativamente aos três

exercícios anteriores permite detectar, por comparação entre as rubricas contábeis, em que fase do período poderiam ser apontados os primeiros sinais de alguma decisão cujo efeito pode ter determinado o resultado. A peça que reflete o momento atual serve para que se analise o estado econômico-financeiro da sociedade. A comparação dos dados de cada uma das peças com as demais permite acompanhar a variação, positiva ou negativa, de alguns indicadores, como, por exemplo, a liquidez, a relação entre dívida e capital, a relação entre obrigações de curto e longo prazos, entre outras, os quais, para quem sabe interpretá-los, são valiosa ferramenta para avaliar a probabilidade de ser factível o Plano de Recuperação.

Porém, quando o legislador enfatiza que as demonstrações sejam “confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável”, isso é, em si mesmo, suspeito. Primeiro, porque as demonstrações contábeis devem ser apresentadas seguindo os princípios contábeis geralmente aceitos, normas desenhadas por profissionais e que têm como função demonstrar, precipuamente, as variações patrimoniais ao longo de períodos determinados, os exercícios sociais. Certo que a Lei 6.404/1976, nos arts. 176 a 200, dispõe sobre demonstrações contábeis para fins gerenciais; também o Código Civil, no Capítulo V, do Título IV, do Livro II, traz normas referentes à escrituração contábil (arts. 1.179 a 1.194). Nos dois casos, há regras que incidem sobre a forma e conteúdo dessas demonstrações, escrituração e guarda dos livros e documentos, bem assim sua exibição judicial.

Quanto às normas predispostas no Código Civil, deixa-se de comentá-las, referindo a matéria a observações feitas por professores de contabilidade que põem em dúvida sua prestabilidade e atualidade. As normas constantes da Lei das Sociedades Anônimas não mereceram críticas, salvo pelo fato de que poderiam ser atualizadas. Consta que há, na Comissão de Valores Mobiliários, anteprojeto de lei para aperfeiçoar a qualidade e, portanto, a utilidade, das normas contábeis. A exigência quanto ao respeito às normas societárias tem que ver com o fato de que a função de tais peças contábeis é permitir a avaliação da ação administrativa, deixando-se de lado matéria fiscal. Como, porém, dificilmente as sociedades levantam dois balanços, um para fins gerenciais e outro para apuração de tributos, notadamente os federais, o que importa é que, na elaboração dos demonstrativos contábeis, tenham sido observados os princípios contábeis geralmente aceitos e que, além disso, em todas as peças tenham adotado os mesmos critérios.

A exigência de que as peças retratem os três últimos exercícios sociais permite a comparação entre os resultados das decisões administrativas, facilitando acompanhar os efeitos sobre o patrimônio da sociedade. Mas, como é cediço, comparar bananas e laranjas serve bem a produzir uma salada de frutas, se as demonstrações contábeis não forem elaboradas seguindo os mesmos princípios, sem notas explicativas adequadas, tanto faz ter 3, 10 ou 50 exercícios, porque tais demonstrações financeiras não terão serventia no que diz respeito à avaliação de mudanças de estruturas ou critérios de administração; a comparação fica comprometida.

A relação de peças contábeis requeridas compreende, no mínimo, balanço patrimonial, demonstração de resultados acumulados, e a palavra é nova no contexto das demonstrações contábeis, (alínea *b*, do inc. II), não se sabendo o que se pretende indicar.

Resultados, isto é, lucros e prejuízos são apurados anualmente ao encerramento de cada exercício social. Salvo exigência regulamentar para exercentes de certas atividades e para companhias abertas, em que se impõe a apresentação, semestralmente de peças

contábeis, ainda que possam ser publicadas de forma resumida, as demais sociedades, que não se enquadrem em nenhuma das exceções, levantarão balanços anuais para fins de apuração fiscal. Facultativamente, podem ser apresentadas demonstrações contábeis semestrais ou trimestrais, cuja função é simplesmente gerencial; admite-se, entretanto, a apuração de lucros que possam ser partilhados entre os sócios a título de antecipação da distribuição de resultados ao final do exercício, ou para que se analise, em períodos inferiores, os efeitos da ação administrativa.

Sabe-se que os demonstrativos contábeis espelham a soma ou o total das operações realizadas pela sociedade ao longo do período de 12 meses, quando finais, ou de períodos inferiores, nos casos especiais. Em qualquer hipótese, o resultado é sempre uma soma dos resultados de eventos agrupados por rubricas.

Mas o legislador se refere a demonstrativo de resultados acumulados. Que tipo de peça contábil é essa? Aquela em que os resultados dos três períodos anuais são somados, tal como se dá com o balanço? Ou aquela em que são apresentados lado a lado para fins de confronto? Se o que se tinha em mente era somar resultados anuais, o risco é que se compute duplamente aqueles transferidos para o balanço de encerramento do exercício que, por força do processo contábil, estão, em alguma medida, refletidos no balanço inicial do ano seguinte. Se o que se pretende é que os resultados sejam apresentados lado a lado, a peça não tem utilidade, porque pode ser obtida pela só justaposição dos demonstrativos anuais.

A imprecisão com que o legislador se refere a matérias extra-jurídicas assusta. A invenção de termos para indicar matéria de outras áreas do conhecimento se presta a criar confusões de todo indesejáveis. A manifestação de contadores sobre o que é relevante para que se compreenda quais os problemas refletidos nas peças contábeis é fundamental para explicar o que é “demonstração de resultados acumulados”, sua função e prestabilidade para os fins a que foi proposta.

A alínea *c* do inciso II, determina a elaboração do demonstrativo de resultados desde o último exercício social até a data do pedido. O defeito da redação é que, se já se previu a elaboração da peça para os três últimos exercícios, a redação deveria ser: “do início do exercício corrente até a data do pedido de recuperação”.

Por derradeiro, (alínea *d*) exige-se relatório gerencial do fluxo de caixa e sua projeção. Fluxo de caixa é peça importante no acompanhamento das movimentações financeiras, porque demonstra as entradas e saídas de caixa (recebimentos e pagamentos) ao longo de certo período.

A projeção do fluxo de caixa interessa na medida em que permite antecipar crises de liquidez ou a existência de excedentes de caixa que poderão ser aplicados no mercado financeiro gerando ganhos para a sociedade. Basta que as aplicações possam ser resgatadas nas datas de vencimento das obrigações. A projeção de fluxo de caixa, porém, é nada mais do que a expectativa de entradas e saídas de recursos em dado período, o que permite antecipar a necessidade de empréstimos ou excedentes de caixa. Problema é que as saídas de caixa são certas, porque as obrigações da sociedade são conhecidas com antecedência, seja quanto às datas de vencimento, seja quanto aos valores, enquanto que as entradas de caixa são mera expectativa, porque os devedores da sociedade podem não liquidar as obrigações no vencimento, por exemplo, ou porque as vendas não atingiram os montantes previstos pela área.

Quando se elabora um fluxo de caixa costuma-se apresentar a movimentação de entradas e saídas em períodos de 12 meses. Entretanto, uma projeção do caixa por período de 12 meses não fornece muitos elementos informacionais de sorte que, usualmente, as previsões de entradas e saídas no período sejam apresentadas de modo mais detalhado, isto é, por períodos menores, em geral, o mês. Contudo, a dificuldade de se antecipar, com razoável grau de certeza movimentos de caixa para os meses mais longínquos, é questionável. Dessa forma, os fluxos de caixa costumam ser elaborados de modo que os meses iniciais de cada período sirvam para previsões de curto prazo. Assim é que nos meses finais do período, usualmente os últimos nove, as estimativas são lançadas sem refinamento, isto é, as rubricas aparecem com valores globais em que são somadas ou englobadas as verbas por grupo de entrada ou saída, sem grande apuro, daí serem os dados ditos brutos, mas precários quanto à certeza de sua realização.

Os valores previstos para os três meses iniciais do período são, em geral, lançados e divididos por mês e por semana. São mais precisos do que os meses seguintes, logo os valores indicados tendem a se aproximar da realidade; contudo, dada alguma incerteza, pode haver distorções entre o projetado e a realidade.

Nos dois meses finais desse período, a movimentação de caixa, embora de melhor qualidade, pois os valores vêm mais detalhados quanto às datas prováveis das entradas, porque refletem eventos de curto prazo, e quanto à sua origem, pode não se realizar, seja em virtude de atrasos no recebimento de valores previstos, seja por qualquer outro evento. Assim, nesse lapso de tempo são, usualmente, divididas por semana. Já, no que se refere às primeiras quatro semanas – e nesse caso despreza-se o mês calendário como divisor de prazo, a informação deve ser mais refinada. O detalhamento dos valores projetados nas planilhas propicia mais informações ao analista quanto a estratégias mais imediatas. Dentre as quatro semanas, destaca-se aquela em curso e a seguinte em que os dados constantes das planilhas são diários, apresentados por dia útil do ano calendário e, quanto às rubricas, são individuados, porque, além de ser importante saber-se quanto dos recursos financeiros, será necessário a cada dia saber qual sua destinação ou origem, pode-se, na hipótese de não haver fundos suficientes para adimplir todas as obrigações, avaliar quais as mais onerosas a fim de liquidá-las sem ônus. Portanto, a função do fluxo de caixa é tornar mais visível que despesas são pagas em cada dia e de onde sairão os recursos para tanto.

Demais disso, no que diz respeito ao fluxo da semana em curso, costuma-se operar com duas colunas que espelham o previsto, ou orçado, e o realizado com o que se avalia a acurácia com que os valores constantes da previsão refletia as reais expectativas de concretização. É da comparação entre elas que se pode saber o que faltou no lado da previsão de entradas e o que ocorreu no lado das saídas, se foram as previstas, se houve despesas inesperadas, de onde provieram os recursos, enfim, avalia-se a sensibilidade do planejador e sua habilidade para corrigir desvios de rota.

Fluxos de caixa são importantes na análise da compatibilidade ou, no jargão financeiro, do “casamento entre créditos e débitos” ao longo do tempo. Se as obrigações forem de curto prazo e créditos de longo prazo, evidenciado estará que, por força dos diferentes prazos entre entradas e saídas, será grande a probabilidade de haver crise de liquidez. Sendo o “descasamento” relativo aos valores globais durante certo período, saídas em montante superior às entradas, fica patente a necessidade de recursos. Sem crédito o problema se agrava e exige solução de outro tipo: aumento de prazo de pagamento das

obrigações, redução de despesas para gerar excedentes de caixa e/ou ingresso de recursos ou, reconhecimento da incapacidade de adimplir.

Também é possível, mas não se trata deste fluxo de caixa, apresentá-lo como demonstração adicional às contábil-financeiras obrigatórias, permitindo-se a comparação do movimento do caixa em dois exercícios consecutivos. Claro que esse é o fluxo de caixa real representando o que ocorreu anteriormente e, portanto, não representa projeção.

Entretanto, se o fluxo de caixa é importante instrumento de administração, há que ter presente dois fatores que podem torná-lo imprestável na recuperação. O primeiro é que a projeção, que é uma previsão de entradas e saídas de recursos monetários, depende da acurácia de quem faz as estimativas. As entradas são incertas e, embora haja maior segurança quanto às saídas, até mesmo estas podem variar por conta de alteração de prazos, da repactuação ou renegociação dos valores. Portanto, se a pretensão do legislador era oferecer elementos que permitam avaliar as probabilidades de a recuperação ter êxito, é fundamental que o fluxo de caixa projetado esteja calcado em fatos ou eventos comprováveis, e não que seja uma peça produzida para cumprir exigência legal. O que interessa não é a mera geração de caixa decorrente das atividades que sejam mantidas, e sim o saldo (se houver) depois de pagas as obrigações.

O outro problema é mais simples de explicar. Dadas imprecisões naturais de uma previsão, ainda mais quanto a entradas de caixa, para que a projeção do fluxo de caixa seja minimamente prestável, o período abrangido deve ser curto, possivelmente inferior a 90 dias. Projetar entradas de caixa para períodos maiores é aceitar riscos de inconsistência entre o projetado e o realizado.

Embora não haja previsão, na relação que a Lei de Recuperação de Empresas contempla a respeito de peças contábeis, até mesmo aquelas previstas na Lei das Sociedades Anônimas, como a demonstração de lucros ou prejuízos acumulados e a de origens e aplicações dos recursos, o que, por evidente, não impede que sejam elaboradas e anexadas à petição inicial, seria interessante, para facilitar a análise do Plano de Recuperação, se as requisitasse.

Reproduzindo exigência da legislação anterior, é preciso apresentar a relação dos credores, incluindo aqueles cuja pretensão seja um fazer (ou um dar, reza o texto, mas pagar é dar, não é?), explicitando a natureza de cada obrigação, o que é evidente se elas devem ser classificadas, valor atualizado, ou seja, valor acrescido de multas, correções ou outros encargos (aí incluída variação cambial, se for o caso), entre outras informações. Destas, a mais relevante é a indicação dos registros contábeis de cada uma das operações. A indicação do registro contábil significa que há documentos válidos que suportam o lançamento, que não se trata de operação forjada para aumentar um dos lados do balanço, ativo ou passivo.

Também é preciso apresentar a relação integral dos empregados, discriminando as funções, salários e valores pendentes de pagamento, o que inclui atrasados e indenizações ou outros benefícios a que façam jus. Nesse caso, são arrolados apenas os empregados cujo vínculo laboral seja regido pela CLT. Os prestadores de serviço eventuais, autônomos, cooperados ou que não tenham o vínculo reconhecido pela legislação trabalhista em vigor ficam fora desse quadro, devendo ser inseridos entre os credores quirografários.

A exigência do inciso V consolida matéria que estava prevista no caso de concordata: regularidade no exercício da atividade, isto é, cumprimento de requisitos legais, sendo

destes, um dos mais importantes, a matrícula ou registro ou arquivamento do ato constitutivo da sociedade no Registro Público de Empresas. A demonstração de regularidade vai além da só matrícula. O Código Civil exige que outros atos societários, particularmente os que possam interessar a terceiros, sejam averbados à margem da matrícula. Esta é o primeiro registro, seguindo-se a ele alterações contratuais de qualquer espécie, nomeação de administradores por ato separado, destituição de administradores, atas de reuniões de sócios, enfim, há um conjunto de documentos que deve ser averbado pela sociedade ou por seus administradores. Esse conjunto é o que se requer para demonstração de exercício regular da empresa.

Uma exigência que parece descabida tem que ver com a apresentação da relação dos bens particulares de sócios e administradores (inc. VI), em virtude da separação patrimonial entre sócios e sociedade de que são membros. Possivelmente, a regra do art. 50 do CC, que autoriza, em certas situações, a desconsideração da personalidade jurídica das sociedades personificadas, explique a redação que seria admissível nas hipóteses de sociedade em que haja sócios de responsabilidade solidária, mesmo que subsidiária. Nessas, a separação patrimonial decorrente da personificação da sociedade é imperfeita ou incompleta, portanto, a formação de patrimônios separados que, decretada a falência, responderão pelo remanescente das obrigações sociais não satisfeitas pelos bens da pessoa jurídica, tem lógica. Entretanto, caso a sociedade tenha adotado a forma limitada ou a anônima, tipos nos quais, uma vez integralizado o capital social ou as ações subscritas, respectivamente, desaparece qualquer responsabilidade dos sócios pelas dívidas da sociedade, afastar a personalidade jurídica da sociedade, como que presumindo alguma conduta que ensejasse a desconsideração, é prematuro e exagerado cuidado do legislador.

Tal intromissão na esfera privada de cada sócio e/ou administrador resulta na criação de externalidades que aumentam custos de transação. Explico. Se alguém se vir ameaçado de ter seus bens publicamente informados poderá, antecipando-se, transferi-los a terceiros, criar barreiras de proteção ou, ainda, tratar de obter garantias, no caso de administradores que oneram a sociedade. Motivos para justificar a superação da divisão de patrimônios são, entre outros, evitar enriquecimento sem causa de uns em detrimento da sociedade e credores; confusão patrimonial, abuso de direito e, ainda assim conviria, antes de exigir a revelação dos bens pessoais dos sócios em processo que não corre em segredo de justiça, verificar se há indícios dessas ou outras práticas que indiquem transferência de bens da sociedade para o sócio ou administrador.

Como o pedido de recuperação não tramita em sigilo de justiça, a publicidade decorrente da relação de bens dos sócios e administradores permitirá que os credores exerçam pressões para obterem a satisfação de seus créditos. Outra externalidade indesejável, mesmo porque a crise não se instala de inopino, é fruto de processo facilmente perceptível pelos administradores e controladores da sociedade. Os demais sócios podem, se forem diligentes no acompanhamento da ação administrativa, dar-se conta dos problemas e, dessa forma, todos podem tentar proteger seus bens. Bastaria lembrar que, na vigência da legislação anterior, era comum que os bens particulares dos sócios fossem blindados contra o exercício de pretensões por credores da sociedade. A nova regra poderá antecipar o procedimento e criar escudos mais precocemente.

Se, como afirmam alguns, a combinação do disposto nesse inciso com a regra do § 2.º, ao art. 82, é salutar, melhor seria que essa relação fosse feita em autos apartados e trazidas

para o processo de recuperação judicial se, e quando, estivessem presentes no mínimo indícios fortes de comportamento omissivo ou comissivo causador de danos à sociedade.

Extratos de contas bancárias e aplicações financeiras, operações em bolsa de valores e de mercadorias e futuros, previstos no inciso VII do art. 51, nos termos da legislação societária e contábil, são documentos de suporte para os lançamentos constantes das demonstrações previstas no inciso II do mesmo artigo. Exceto considerar-se que se pretende facilitar o exame da posição financeira, a exigência não acrescenta elementos novos de análise da situação de crise.

De outro lado, a apresentação de certidões de cartórios de protesto, seja da sede da sociedade, seja das comarcas em que mantenha filiais, quando for o caso, tem grande utilidade (inc. VIII). Reproduz-se aqui o art. 158, IV, da legislação anterior para investigar a existência de dificuldades de liquidez. Diversamente do que se impunha, ao menos inicialmente, para deferir o pedido de concordata preventiva, que o devedor não tivesse protestos, requisito que foi, paulatinamente, relaxado pela jurisprudência, não importa se há ou não protestos, nem quantos há, no caso positivo. Contudo, a informação que se obtém com as certidões, notadamente as positivas, é útil na análise das probabilidades de a recuperação alcançar êxito.

O último inciso, o IX, se refere à relação de ações judiciais em que seja parte, sejam elas de que natureza forem, e estimativa dos valores demandados. A redação é dúbia, porque as ações judiciais têm duas partes, autor e réu. Valores demandados podem se referir àqueles que venham a ser exigíveis do devedor, se vencido na sua pretensão, ou podem representar valores que venha a receber, se vencedor. Entretanto, a parte final da frase pode induzir a que se considere apenas os valores que caibam ao devedor pagar, o que distorce a avaliação do patrimônio.

Possivelmente, o que se pretendia explicitar, e novamente vai à conta de pletora de regras, é que, no balanço, deve haver previsão ou estimativa de saídas de caixa em virtude da existência de demandas judiciais movidas contra o devedor. Nas companhias abertas ou nas sociedades que passam por auditoria, esse profissional solicita tais informações, bem assim a expectativa de resultado, favorável, ou não e, ao redigir as notas explicativas do balanço, até por conta de provisões que devam ser feitas, indica sua finalidade.

Nas companhias fechadas, limitadas e outros tipos societários, faltando o dever de fazer auditar as demonstrações contábeis, tais informações podem não estar claras no demonstrativo, porém, as provisões são regra, porque princípio contábil geralmente aceito.

No § 1.º, finalmente, se compreende a importância da matéria contábil na Lei, mas, sobretudo, se entende a importância da contabilidade e dos documentos que suportam os lançamentos, porque sem eles, que podem ser consultados pelo magistrado (ou quem ele indique como perito para analisá-los), administrador judicial e pessoas autorizadas, a veracidade do demonstrativo contábil pode ser questionada. Esse parágrafo poderia estar incluído no *caput*, facilitando o entendimento dos incisos.

O parágrafo seguinte excepciona, facultando que microempresas e empresas de pequeno porte, no que concerne aos documentos do inciso II, sigam as normas fiscais e não as societárias quanto à sua apresentação. A excepcionalidade de que gozam quanto às obrigações fiscais se reflete na escrituração mercantil, que é também simplificada. Quando o cálculo de impostos é feito sobre faturamento ou sobre rendimento presumido, supõe-se que os controles gerenciais possam ser relaxados o que, não corresponde à realidade.

Controles gerenciais e tributação não se confundem, cada um deles tem função determinada. Controle gerencial mede a eficiência e eficácia das ações administrativas; controle fiscal é instrumento de imposição tributária com finalidade arrecadatória. Portanto, se a escrituração pode ser “menos complexa”, é porque as operações são mais simples.

Por derradeiro § o 3.º ao art. 51, traz norma procedimental que faculta ao magistrado determinar o depósito judicial dos documentos relacionados nos parágrafos anteriores. Trata-se de norma eficiente na medida em que, por se tratar de documentos oficiais, que dão base aos demonstrativos contábeis da sociedade em crise, permite aos credores examiná-los, tomar conhecimento da situação, e, se for o caso, argüir sua nulidade ou veracidade, assim como evita que sejam extraviados, risco para o bom processamento da análise do pedido.

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

I – nomeará o administrador judicial, observado o disposto no art. 21 desta Lei;

II – determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observando o disposto no art. 69 desta Lei;

III – ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, na forma do art. 6º desta Lei, permanecendo os respectivos autos no juízo onde se processam, ressalvadas as ações previstas nos §§ 1º, 2º e 7º do art. 6º desta Lei e as relativas a créditos excetuados na forma dos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei;

IV – determinará ao devedor a apresentação de contas demonstrativas mensais enquanto perdurar a recuperação judicial, sob pena de destituição de seus administradores;

V – ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento.

§ 1º O juiz ordenará a expedição de edital, para publicação no órgão oficial, que conterá:

I – o resumo do pedido do devedor e da decisão que defere o processamento da recuperação judicial;

II – a relação nominal de credores, em que se discrimine o valor atualizado e a classificação de cada crédito;

III – a advertência acerca dos prazos para habilitação dos créditos, na forma do art. 7º, § 1º, desta Lei, e para que os credores apresentem objeção ao plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor nos termos do art. 55 desta Lei.

§ 2º Deferido o processamento da recuperação judicial, os credores poderão, a qualquer tempo, requerer a convocação de assembléia-geral para a constituição do Comitê de Credores ou substituição de seus membros, observado o disposto no § 2º do art. 36 desta Lei.

§ 3º No caso do inciso III do *caput* deste artigo, caberá ao devedor comunicar a suspensão aos juízos competentes.

§ 4º O devedor não poderá desistir do pedido de recuperação judicial após o deferimento de seu processamento, salvo se obtiver aprovação da desistência na assembléia-geral de credores.

RACHEL SZTAJN

Preenchidos os requisitos legais, tem início a fase instrutória do procedimento. É que essa medida, que está no plano formal, não equivale à concessão da recuperação (art.

58). Está-se apenas iniciando o procedimento para que o devedor elabore e apresente o projeto ou plano de recuperação da empresa.

No despacho que dá início à primeira fase do procedimento, deve o juiz nomear administrador judicial, que pode ser pessoa natural ou jurídica. Se pessoa natural, há de ser profissional idôneo, com formação em uma das especialidades descritas no art. 21; o mesmo requisito de especialização deve ser observado na nomeação de pessoa jurídica. Ao dizer profissional, prevê-se que o nomeado atua na área de especialização e faz do exercício daquela atividade meio de vida. Logo não pode ser nomeado administrador quem, ainda que tenha formação em qualquer das especialidades previstas, atue de forma esporádica, eventual, na área.

A exigência denota prudência do legislador que compatibiliza o poder discricionário do magistrado na escolha do administrador judicial, balizando-o quanto à profissionalidade do agente que deve estar ligada a certos setores da atividade de prestação de serviços.

A obrigação desse profissional é de meios, não de resultados, porém, dada a especialidade requerida, espera-se domínio ou aptidão para levar adiante a singular tarefa que lhe venha atribuída. A função desse administrador judicial é mais complexa do que a de administrador de sociedade que não enfrente crise econômica. De um lado, porque além de tomar decisões cujos efeitos recairão sobre a sociedade, diretamente e, indiretamente, sobre credores e sócios, deve gerir a empresa de modo a, cumprindo as propostas do plano, sugerir mudanças sempre que eventos externos e não previstos, ainda que previsíveis, possam afetar de maneira negativa o planejado.

O inciso II dispensa a apresentação de certidões negativas que venham a ser solicitadas por terceiros fornecedores e contratantes em geral; a providência é interessante na medida em que, seguindo a lógica que também não demanda a apresentação de certidões negativas de protesto no pedido de recuperação judicial para fins de análise do pedido, facilita operações negociais tendentes a manter a atividade da sociedade.

A certidão negativa se destina a demonstrar que contra a pessoa designada não há ações em curso, ou outros fatos que poderiam ser considerados desabonadores. Evidente que crise instalada, problemas de liquidez ou insolvabilidade existem, portanto dificilmente as certidões serão negativas. O normal, na crise da empresa, da sociedade, é haver atraso no pagamento de impostos, salários e outras obrigações; a propositura de demandas judiciais contra o devedor é previsível, portanto as certidões forenses serão, de regra, positivas. Daí que, vincular a contratação ou preservação de contratos à apresentação de certidões negativas, ao dificultar a continuidade da sociedade, vai na direção oposta à política de recuperação. Dispensar as certidões significa, no caso, determinar a ineficácia de qualquer solicitação nesse sentido.

As exceções aceitas em relação à dispensa de apresentação de certidões negativas são: a) a contratação com o Poder Público, e b) recebimento de incentivos fiscais ou creditícios. Melhor teria sido que, ao invés de atribuir ao Juiz a faculdade de dispensar tais documentos, o legislador dispusesse que estão dispensados. O comando teria maior efetividade.

a) A contratação com o Poder Público, qualquer que seja o procedimento adotado nos termos de legislação própria, tem fundamento no fato de que, usualmente, os contratos serão de longo prazo, de execução continuada ou diferida. O risco inerente a tais contratos não deve ser agravado mediante a admissão de o contratante particular ser

sociedade cuja existência, a continuidade, é, sabidamente, incerta. Não se trata, no caso de pedido de recuperação, de risco ordinário, e sim dos efeitos negativos da concretização de tal risco. Assim, apresentado o pedido de recuperação judicial, que pode, ou não, ser deferido, a prudência sugere eliminar potenciais interessados que já experimentem dificuldades reconhecidas.

b) Sobre incentivos fiscais, isto é, sobre renúncia tributária, da União, Estados ou Municípios, ou benefícios creditícios, quer dizer, empréstimos ou financiamentos de longo prazo e com taxas de juros inferiores às de mercado, também se enquadram como contrárias ao interesse público. É que a alocação de benefícios desse tipo apenas se justifica se puderem trazer vantagens para a comunidade na qual a sociedade atua. Presente o risco de descontinuidade da atividade, tanto a renúncia tributária, quanto o investimento de fundos ou recursos escassos sem alguma certeza de retorno, em face de relação custo-benefício (perda de arrecadação comparada com geração de bem-estar potencialmente negativa), atende aos princípios de moralidade que devem informar a administração pública. Dispensar as certidões negativas em tais circunstâncias gera espaço para oportunismos e custos sociais indesejáveis, ambos.

Observe-se a contradição entre a dispensa de certidões negativas e o disposto no art. 57. Neste, a juntada das certidões negativas de débitos tributários é condição para o deferimento da recuperação judicial. Mas, se a concessão de recuperação depende da inexistência de débitos fiscais, por que não se faz o pedido desde o início do procedimento? Que vantagens há em facilitar a propositura de ações, criar expectativas para logo adiante frustrá-las? Ou se supõe que no prazo que medeia o pedido de recuperação e sua concessão o devedor quitará tais obrigações? Se o fizer, será que não haverá redução das possibilidades de recuperação? Se os créditos tributários perderam, na falência, suas prioridades, por que tratá-los diferentemente na recuperação?

Considerando-se que nesta, recuperação judicial, há previsão de que a sociedade será resgatada garantindo-se empregos e a produção, lógica simples indicaria a conveniência de o tratamento das dívidas fiscais ser igual.

O inciso III mediante o qual o juiz poderá determinar a suspensão de ações ou execuções contra o devedor (art. 6.º) aproxima o pedido de recuperação judicial da falência. Nos dois casos, entende-se que a distribuição de ônus aos credores, seja para buscar a continuidade da atividade, seja para liquidá-la, deve obedecer ao critério de rateio segundo as ordens de prioridades ou preferências dos créditos. A unicidade patrimonial (ativo e passivo) de cada sujeito é preservada com a instalação de um juízo universal para o qual convergem todas as pretensões contra o titular do patrimônio. Entretanto, como no caso de pedido de recuperação o deferimento inicial não significa o início do procedimento, determina-se tão-somente a suspensão (temporária) das ações e execuções, ficando os autos respectivos nos juízos em que eram processados até decisão final, no sentido de admitir a recuperação ou decretar a falência.

Exceção são as ações relativas a créditos ilíquidos até a liquidação, pedidos de habilitação, exclusão ou modificação de créditos relacionados à relação de trabalho, que tramitam na justiça especializada até apuração do montante a ser pago, execuções fiscais que não se suspendem, assim como créditos excluídos do procedimento de recuperação judicial por força do disposto no art. 49.

Créditos ilíquidos porque não há como impor o pagamento de qualquer prestação antes de serem liquidados, isto é, de se determinar o valor em moeda corrente. A eco-

nomia processual aconselha que os processos tenham continuidade até a apuração do montante. Créditos decorrentes de relações de trabalho regidas por legislação especial (CLT), mantêm o procedimento anterior: competente para declarar a existência de relação trabalhista de determinar o montante a que faz jus o empregado, é a Justiça do Trabalho; definida a existência de vínculo e o montante da pretensão do trabalhador, passa-se à fase de exercício da pretensão, agora no juízo da recuperação ou da falência.

Créditos regidos por normas especiais, (art. 49, §§ 3.º e 4.º) são excluídos do procedimento de recuperação judicial, consistindo a previsão deste inciso em reprodução daquelas regras anteriormente comentadas.

A disposição do inciso IV impõe ao devedor o dever de, mensalmente, prestar contas, o que compete aos administradores nomeados fazer, competindo ao Comitê de Credores seu acompanhamento (art. 27). Essa é a função precípua da norma: facilitar o acompanhamento das providências e ações adotados pelos administradores nomeados enquanto se processa a análise do pedido. Curioso é que, embora o procedimento propriamente dito de recuperação não tenha sido iniciado, a prestação de contas, enquanto pende de decisão, serve para evitar possível dilapidação do ativo, satisfação de algumas obrigações em detrimento de outros credores, enfim, reduz o espaço para ações arbitrárias que os administradores da sociedade poderiam empreender.

Portanto, sobre ter o pedido de recuperação efeitos sobre a administração da sociedade em crise, a resposta há de ser afirmativa. Nos termos do inciso I acima, a nomeação de administrador de confiança do magistrado, atendidos os critérios do art. 21 da Lei, significa que o pedido de recuperação judicial excepciona normas de direito societário, seja no que diz respeito à nomeação, seja no que se refere à destituição de administradores. Pelas normas societárias esse direito recai sobre os sócios, todos ou alguns, conforme o tipo de sociedade. Quanto aos administradores designados no instrumento de contrato, sua destituição, porque implica alteração do pacto, deve ser aprovada por todos os sócios (art. 999 c.c. art. 997, VI, do CC). A outra forma de destituição desses administradores requer reconhecimento judicial de justa causa.

O pedido de recuperação judicial excepciona as duas hipóteses acima descritas e confere ao magistrado o poder para indicar administrador e, em seguida, afirma a competência da Assembléia de Credores para destituí-lo. (art. 37, § 1.º). Discrepância entre a norma do inciso I do art. 52 e a do art. 37, § 1.º, baseia-se no fato de que, a remessa ao art. 21, feita naquele, pode levar à leitura equivocada da norma. Tanto não se deve considerar que a escolha de certos profissionais para exercerem o cargo de administrador judicial, em que haveria uma aparente prioridade atribuída a profissionais do direito, devendo ser considerada ordem de indicação, quanto não se deve supor que o administrador da sociedade é, com o pedido de recuperação judicial, sumariamente destituído, nomeando-se para exercer a função pessoas estranhas ao quadro societário. O administrador da sociedade poderá ser mantido na função quando não lhe seja imputada responsabilidade pela crise. Em qualquer hipótese, porém, à função de administrador de qualquer sociedade, decorra a nomeação de decisão judicial ou seja consensual, correspondem certos padrões de conduta; este o fundamento tanto da destituição por justa causa, tanto pelos sócios, nas hipóteses ordinárias, quanto pelos credores no caso de recuperação judicial.

A leitura da possibilidade de destituição do administrador judicialmente designado, tal como a invocação de justa causa, estimula o respeito aos padrões comportamentais socialmente desejáveis, que, uma vez rompida a confiança depositada no(s) escolhido(s),

sua destituição poderá ocorrer. Admitindo-se que há um mercado para profissionais da administração, a perda da reputação é o modo, para o ser racional pautar suas decisões como forma de permanecer no mercado.

A possibilidade de destituição da função por falta de prestação de contas pode ser entendida como estímulo para o administrador agir no sentido de manter a confiança nele depositada e, em certa medida, serve para induzir a eficiência *ex ante* no tomar decisões que interessam à sociedade. No que se refere à quebra da confiança, a destituição, acompanhada de alguma publicidade daí decorrente que serve como inibidor para novas nomeações, poderá comprometer ou dificultar a permanência desses administradores no mercado em geral e no de pessoas aptas a exercer a administração nos casos de recuperação judicial em especial. Poucos estímulos seriam melhores do que esse para levar ao cumprimento dos deveres legais.

O inciso V determina a intimação do Ministério Público e comunicações às Fazendas Públicas – Federal, Estaduais e Municipais dos locais em que o devedor mantenha estabelecimento. Também nesse caso, se trata de eficiência agora *ex post*, uma vez que a existência de obrigações fiscais gera proibição para receber incentivos e celebrar contratos com o Estado. Cabendo ao Judiciário fazer as comunicações, restringe-se eventuais manobras do devedor no sentido de retardá-las para obter algum benefício.

Se o intuito do legislador é permitir que o devedor honesto, de boa-fé, possa tentar recuperar seu negócio, curial que se dificulte que aqueles que agiram maliciosamente, facilitando a instalação da crise, obtenham o mesmo tratamento. Tanto que a condenação por crime falimentar impede a concessão do pedido de recuperação a tal devedor ou sociedade por ele administrada, uma vez que as provisões são desenhadas visando à tutela do devedor.

A norma do § 1.º mantém o disposto no art. 161, § 1.º, da legislação revogada: publicação de edital contendo o resumo do pedido e a decisão que deferir o processamento da recuperação, relação dos credores, prazo para habilitação dos créditos e apresentação de oposição ao plano.

A providência, publicação de editais no Diário Oficial, implica custos, restando saber quem deve suportá-los. Além de serem extensos, e para tanto basta ver o conjunto de informações que devem constar da peça, o preço cobrado pela imprensa oficial, à falta de competidores, tende a ser mais elevado do que o resultante da publicação em outros periódicos. O interesse que se pretende tutelar é o dos credores, da comunidade em geral que possa ser afetada pelo deferimento da recuperação judicial da sociedade em crise, do que resultaria que cabe a essa coletividade, que se beneficia da informação, suportar a despesa. Mas, como ratear entre todos o valor da publicação? Faz-se o rateio de forma indireta na medida em que o devedor suporta a despesa, o que reduz seu caixa/ativo. Não deve prosperar o argumento de que impor ao devedor suportar tais despesas que aumentariam seu passivo porque, ou existe possibilidade de retomada da atividade mediante plano de saneamento, ou melhor, que se declare, desde logo, a sociedade falida.

Trata-se de uma questão econômica na qual ressalta um aspecto curioso: prova de que Milton Friedman tem razão quando afirma que *there is no such thing as a free lunch*, ou seja, não há almoço grátis. A conta virá sob alguma forma e, no caso presente, com as despesas incorridas na publicação de edital. A explicação para impor ao devedor esse dispêndio tem que ver com o fato de que é preciso fixar um mesmo dia *a quo*, data comum para que todos tomem conhecimento do fato para que o prazo seja comum a todos com

o que se chega ao mesmo *dies ad quem*. Sem uniformizar a data de início da contagem de prazo de habilitação de créditos e impugnação ou oposição do plano proposto pelo devedor, chega-se à situação caótica que prejudica o procedimento. A publicação de editais é a melhor forma de todos, ao menos teoricamente, receberem a informação concomitantemente. Talvez a escolha do veículo de comunicação, a imprensa oficial, que, além de cobrar os mais elevados preços no mercado editorial, tem baixa circulação junto à população em geral, não é a melhor. O Diário Oficial não é, de regra, objeto de leitura ordinária entre a população o que dificulta fazer chegar a informação aos credores, os maiores interessados conhecê-la, para cumprir os prazos legais. Conviria que se fizessem publicações em outros periódicos, ainda que sob forma resumida, dando notícia de que o procedimento está instaurado e que o prazo para providências teve início em determinada data. Essa segunda publicação em jornal de grande circulação da sede e onde estejam localizados estabelecimentos do devedor, aperfeiçoaria o sistema de divulgação dos fatos. A combinação de dois veículos, imprensa oficial e outro jornal de grande circulação, na divulgação do recebimento do pedido de recuperação judicial, evita que os devedores recorram a periódicos de circulação restrita que, por também não chegarem a todos os interessados, podem causar danos. Afinal o que se deseja é que todos os credores tomem conhecimento do pedido.

Em face do interesse tutelado, o de todos os credores, razoável que se imponha ao devedor o pagamento das despesas com a divulgação do pedido, mesmo porque, se a recuperação da sociedade em crise for inviável, o montante despendido com a providência recairá, proporcionalmente, sobre os beneficiários, os credores.

Deferido o processamento da recuperação judicial, podem os credores requerer a convocação de Assembléia de Credores cuja competência, no que diz respeito à recuperação judicial, desenhada no art. 35 da Lei, consiste em: aprovar, rejeitar ou modificar o plano apresentado pelo devedor; eleger os membros que integrarão o Comitê de Credores, aprovar pedido de desistência do procedimento, aprovar o nome do gestor judicial, bem assim qualquer outra medida que afete interesses dos credores.

Inegável a importância do colegiado no processo de recuperação judicial em virtude da possibilidade de recusar o projeto apresentado pelo devedor como, demais disso, de manifestar-se sempre que os interesses dos credores puderem ser afetados por eventos imprevistos que produzam efeitos sobre o plano.

Contudo, para que o requerimento de convocação dessa Assembléia de Credores prospere, é preciso que interessados representando, no mínimo, 25% do total de uma dada classe de créditos se manifestem favoravelmente (art. 36, § 2.º). A deliberação desse colegiado no que se refere à contagem de votos é a da maioria que, como é comum em matéria comercial, contempla a relação ou proporção entre o valor total das dívidas de cada classe e o valor do crédito (art. 38), ressalvada a previsão do § 2.º ao art. 45 em que o *quorum* de aprovação é a maioria simples dos presentes. Na maioria simples a aprovação se dá, depois de atendido o *quorum* de instalação, pelo voto da maioria dos presentes. Quando se impõe maioria qualificada é preciso que estejam presentes e se manifestem em determinada direção, titulares de crédito representando uma dada proporção ou porcentual do total.

Instala-se a Assembléia de Credores com a presença, em 1.ª convocação, de titulares de mais da metade dos créditos de cada classe. Portanto, aqui tem-se *quorum* de instalação determinado, mas as deliberações são tomadas por maioria simples dos presentes. Em

2.^a convocação, relaxa-se a exigência no que tange à instalação, admitindo-se deliberações válidas tomadas por credores representado qualquer proporção das obrigações da classe. (art. 37, § 2.º)

O § 3.º, do artigo em comento, contempla a realização de diligência que recai sobre o devedor, a saber: a informação a ser prestada, em todos os autos das ações ou execuções em que seja réu, relativamente à sua suspensão em decorrência da apresentação do pedido de recuperação judicial.

Deferido o processamento do pedido de recuperação judicial, que envolve todos os débitos do requerente, a questão da unidade do patrimônio impõe a suspensão de todas as ações e execuções singulares em curso para que a universalidade das posições ativas e passivas seja preservada. De nada serviria o procedimento se alguns credores pudessem exercer suas pretensões individualmente. Excluídas as matérias que por força de lei estão fora do âmbito da recuperação judicial os demais credores, queiram, ou não, gostem, ou não, ficarão submetidos às suas regras.

Representando favorecimento do devedor, tal como a concordata que consistia em favor legal, o pedido de recuperação vincula o devedor que não pode, sem prévia e expressa concordância dos credores, reunidos em Assembléia-Geral, desistir do pedido após ter sido ele deferido. Não se trata, neste caso, de similitude com a regra procedimental de que, uma vez citado o réu, a desistência do pedido depende de expressa concordância deste. Até porque, do deferimento do pedido da recuperação não resulta a expedição de mandado de citação aos credores. A vedação tem que ver com eficiência do sistema.

É que a redação da norma modela a conduta do devedor sob, no mínimo, duas ópticas: de um lado, e mais evidente, não se pretende outorgar a ele a possibilidade de utilizar o Poder Judiciário para obter concessões que, de outra forma, não lhe seriam deferidas. Facilitar esse tipo de comportamento tornaria a recuperação judicial arma a ser brandida pelo devedor sempre que desejasse pressionar os credores para que lhe oferecessem alguma vantagem. Se a recuperação judicial for analisada sob a forma de um jogo estratégico, tal opção seria estratégia de dominância forte, quase absoluta. Não resta dúvida de que, por vezes, ela pode acabar tendo esse efeito, mas não ser regra geral, porque todos os devedores, sob qualquer pretexto, tratariam de buscar o respaldo legal para auferir benefícios.

De outro lado, considerando-se a função social da empresa como eixo ao redor do qual se erige toda a disciplina legal da recuperação judicial, qualquer medida que induzisse a comportamentos oportunistas ou deixasse espaço para tanto, poderia desviar o foco de análise de cada pedido. Ao invés de se dedicarem à análise do plano proposto pelo devedor, sugerirem aperfeiçoamentos e fiscalizarem sua execução, os credores despenderiam esforços investigando o que perdem e o que ganha o devedor com a medida. O aumento dos custos de transação derivados daí e a perda de confiança no sistema seriam nefastos, deixando de interessar à comunidade. Isto sem considerar que não convém, sob pena de gerar descrédito entre os agentes econômicos, permitir que se recorra ao Judiciário por motivo fútil.

Lembre-se que no caso de concordata era possível ao requerente, desistir do pedido. A concordata, sabe-se, em qualquer de suas modalidades – preventiva ou suspensiva, moratória, remissória ou mista – incluía apenas os créditos quirografários e tinha como pressuposto que o ativo não fosse inferior a 50% desse passivo específico. Também se

sabe que, impetrada a concordata, o devedor costumava, direta ou indiretamente, adquirir os créditos a ela sujeitos. Titular da maioria absoluta quando não da sua totalidade, claro que a confusão entre devedor e credor permitia a desistência do pedido. Talvez o reconhecimento dessa prática, na qual os créditos eram cedidos por valores que variavam entre 40% e 70% do total, a precaução do legislador se explica.

Sobre a possibilidade de desistência do pedido, ao se impor a concordância da Assembleia-Geral de Credores, sujeita-se o que seria uma declaração unilateral à condição suspensiva. Os efeitos do pedido dependem da anuência dos credores que se manifestam em Assembleia-Geral. A Assembleia-Geral, de sua parte, é um ato coletivo, as declarações dos presentes são vinculativas se, majoritariamente, penderem para uma direção.

Em outras palavras, uma vez deferido o processamento do pedido, o devedor terá de explicar aos credores, de forma convincente, suportados seus argumentos sobre fatos ou elementos indicativos da possibilidade de preservar a atividade, que o melhor resultado para os interessados está na desistência do procedimento mantendo-se as relações jurídicas entre partes, tal como originalmente ajustadas.

Se o pedido de recuperação judicial constitui uma estratégia destinada a facilitar a preservação dos negócios, a desistência deve ser entendida como nova estratégia, daí o interesse em indagar o que teria ocorrido entre o momento em que o pedido de recuperação judicial foi apresentado e seu deferimento, que justifique (ou explique), a mudança de rumo. A composição da crise empresarial mediante a obtenção de prazo e/ou condições menos rigorosas para o cumprimento das obrigações é o que enseja o pedido de recuperação, portanto a desistência há de ter como fundamento ou a piora extremada da situação e, nesse caso se chegará à falência, ou, então, alvissaras, há fatos novos que permitem supor que a proteção judicial da recuperação pode ser dispensada.

Seção III

Do plano de recuperação judicial

RACHEL SZTAJN

Nesta Seção discute-se o conteúdo do plano de recuperação judicial. Plano, no caso, é um projeto em que se prevêm operações ou meios destinados a debelar a crise da empresa. É, pois, um programa descrevendo ações voltadas para o saneamento da sociedade. Logo um conjunto de medidas que devem ser adotadas pelo administrador judicial em que estarão estruturadas as medidas operacionais a serem desenvolvidas ao longo de certo lapso temporal. Trata-se, pois, da proposta a ser apresentada pelo devedor aos credores em que se desenhe ou, no mínimo, estejam delineadas as ações que, ao reorganizar a atividade, recompor ou reformatar a sociedade, possibilitarão sua continuidade. Plano é o detalhamento das medidas que, se aprovadas e corretamente previstas, facilitarão atingir o resultado esperado: a manutenção das atividades.

A elaboração do plano é crucial para que os credores possam avaliar as ações e medidas econômico-financeiro-administrativas de resgate da sociedade, forma de liquidação das obrigações, manutenção de empregos, enfim, de solução da crise. O plano é, em resumo, o elemento central para a análise da estratégia desenhada para o sucesso, ou não, da recuperação judicial.

Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convalidação em falência, e deverá conter:

I – discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo;

II – demonstração de sua viabilidade econômica; e

III – laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.

Parágrafo único. O juiz ordenará a publicação de edital contendo aviso aos credores sobre o recebimento do plano de recuperação e fixando o prazo para a manifestação de eventuais objeções, observado o art. 55 desta Lei.

RACHEL SZTAJN

Curioso que o plano deva ser apresentado até 60 dias após a publicação da sentença que deferir o pedido de recuperação judicial, enquanto que outros documentos são exigidos desde logo. (art. 51). Também é curioso que outras providências sejam previstas, entre elas, a publicação de edital contendo resumo do pedido e relação nominal dos credores, o que lhes permite requerer a convocação de Assembléia Geral para se manifestarem sobre o administrador judicial de quê? De um projeto inexistente.

Se, tal como dito acima, o plano é o eixo ao redor do qual se estabelece a discussão relativamente à viabilidade da recuperação, se nele devem estar expostas as opções ou alternativas que o devedor, (ou seus consultores), consideram melhores para o sucesso do empreendimento, razoável que fosse apresentado juntamente com o pedido.

Tendo como premissa o fato de que a crise empresarial não aparece de inopino, que é um processo cujo evento catalisador, este sim, é determinado, os administradores e empresários deveriam ter planos para corrigir desvios de rota, para equacionar ou evitá-los, na medida do possível, por certo, dado ser a empresa atividade de risco, criando mecanismos que, também eles para serem postos em prática, requerem estratégias claras.

Contrariando a lógica mais palmar, requer-se a juntada de informações que poderiam ser apresentadas nesse período de 60 dias como peças contábeis, fluxo de caixa, e até relação de bens pessoais dos sócios. Aparentemente dá-se à sociedade em crise um período de graça para que, no meio de debates e disputas com os credores, elabore um plano do qual depende sua sobrevivência.

Pior é que o prazo de 60 dias não pode ser prorrogado e a não apresentação do plano dentro desse lapso leva, *ope legis*, à decretação da falência. Como o plano não pode ser sugestivo das medidas que serão adotadas, conforme determina o inciso I do art. 53, devendo expor, de maneira pormenorizada, detalhada, a quais meios se pretende recorrer, será que 60 dias é prazo suficiente? Quando, por exemplo, se propuser a cisão e incorporação da parcela cindida do patrimônio social em outra sociedade, seria necessário indicar não apenas esse procedimento, mas também a sociedade receptora da parcela cindida? E quando se tratar de alienação de bens ou do estabelecimento, interessa saber o valor que se imagina receber? O que fazer quando não houver interessados? A segunda melhor opção (*second best*) deve estar contemplada?

Melhor seria que se entregasse, com o pedido, uma proposta, um esquema do plano e que, no prazo de 30 dias da publicação do deferimento do pedido, se juntasse aos autos seu detalhamento. Afinal, quem, para protocolar o pedido de recuperação deve apresentar os documentos relacionados nos vários incisos do art. 51, notadamente o determinado no inciso I, tem, ou deveria ter, um projeto de ajustes para reverter a crise.

Afinal, a ameaça de ter decretada a falência por falta de apresentação do plano no prazo legal deveria ser estímulo suficiente para que o plano fosse preparado com maior antecedência, isto sem ter em mente que, mal elaborado, não convincente, sua rejeição pelos credores também leva à falência.

A contagem do prazo que pode beneficiar o devedor, pois lhe dá, ao menos em tese, mais tempo para preparar a demonstração, é ineficaz. Melhor fora que o projeto, ou ao menos um pré-projeto fosse apresentado com a inicial, o que daria aos credores mais tempo para analisarem e, na primeira Assembléia Geral, começar a discussão sobre sua viabilidade.

Deixa-se de parte eventual questão sobre exigüidade do prazo porque, se a crise é construída ao longo do tempo, não há como alegar-se que 60 dias é pouco tempo para propor medidas corretivas.

O plano deve, segundo o comando do inciso I, descrever de forma pormenorizada os meios escolhidos para a recuperação, sendo tais meios aqueles relacionados nos vários incisos do art. 50 já comentados anteriormente. Recorde-se a possibilidade de combinação de vários dos meios e as dificuldades de garantir sua concretização.

O inciso II impõe seja demonstrada a viabilidade econômica do plano. Demonstrar significa evidenciar, comprovar, mostrar o que se pretende, ou seja, a viabilidade econô-

mica do projeto. Viável é o que pode ser executado, que pode ser duradouro. Portanto, o que se requer é uma demonstração matemática, não jurídica, de que, aplicadas as medidas saneadoras desenhadas no plano, a crise será superada. Sem pretender polemizar, o que interessa, efetivamente, avaliar em qualquer projeto, são as premissas em que se assenta.

Imagine-se que o plano é um silogismo: premissa maior – a crise; premissa menor – o plano; conclusão: recuperação, ou não, da sociedade.²¹⁹ Portanto, o que interessa é o conjunto de elementos informadores ou modeladores da premissa menor. Até porque a demonstração numérica da viabilidade segue as regras da aritmética: soma, subtração, multiplicação e divisão, operações elementares; sem qualquer formulação que vá além de recursos à álgebra primária, equações de primeiro grau.

Há quem diga que os credores, porque empresários, teriam facilidade no avaliar o plano de recuperação, mas que o magistrado deverá ter assessoria especializada. Nem sempre os credores têm habilitação para avaliar o plano. Melhor seria que se previsse que o devedor, excluídas as micro e pequenas empresas, apresentasse plano elaborado por especialistas e por eles subscritos. Os benefícios dessa política são evidentes: de um lado restringe-se a apresentação de planos miraculosos que, por terem alguma lógica interna, convenceriam os menos afeitos a essas análises. De outro, porque elaborados por profissionais, a responsabilidade pessoal que sobre os signatários recair, inibe a apresentação de projetos cuja concretização seja onerosa em demasia.

O laudo econômico financeiro de avaliação dos bens e ativos do devedor deve ser elaborado por pessoa habilitada que responde pela informação. (inc. III). Duas questões: a) o que serão ativos que não sejam bens de titularidade do devedor? A conjunção aditiva, parece, deveria ser substituída por uma disjuntiva, isto é, bens ou ativos, supondo que ativos são os bens contabilizados, enquanto que há outros bens, imateriais, em geral, nem sempre objeto de representação nos balanços.

Quanto à exigência de que o laudo de avaliação seja subscrito por profissional legalmente habilitado ou por empresa especializada, o que se deveria impor é que fosse por tais pessoas elaborado. Isso evitaria que, como advogam alguns, fosse necessário criar toda uma corte de profissionais para assessorar os juízes. Elaborados e assinados por profissionais, os instrumentos – plano e avaliação de bens – teriam peso maior em função do que a veracidade do conteúdo seria presumida. A prova de eventuais irregularidades caberia a quem as argüisse e o juiz, até então, tomaria como veraz os dados que lhe fossem submetidos.

De supor que a responsabilidade pessoal do subscritor desses documentos inibirá a prestação de favores que o credor poderia solicitar a amigos espertos no mister. Boa técnica legislativa não deveria abrir flancos desse tipo para que deles se aproveitassem os mais ardilosos. Cabendo aos credores impugnarem os laudos, qual o evento seguinte? Devolver o prazo para que o devedor substitua a avaliação ou a impugnação, implica rejeição do plano e, portanto, a decretação da falência?

Considerando que os documentos que devem acompanhar o plano são dele parte integrante, a impugnação de qualquer deles equivale à rejeição do plano, portanto, causa de falência. Pensando estratégias negociais, será que os credores, para pressionar o de-

²¹⁹ Poder-se-á pensar que a crise é a premissa menor, o plano a premissa maior, ficando inalterada a conclusão. Bastaria inverter o argumento para chegar ao mesmo resultado.

vedor, considerarão a hipótese de ameaçá-lo com a rejeição do plano ou a impugnação de qualquer das peças que o acompanham?

A recuperação judicial só terá êxito quando os interesses de todos os envolvidos forem equanimente contemplados. Qualquer benefício a um grupo poderá ser o estopim para o desmonte de toda uma estrutura negocial. Sem que o sistema esteja harmônico, nem sempre os resultados desejados serão atingidos.

O parágrafo único ao art. 53 trata de publicação de edital, novo edital, portanto mais um dispêndio que é dividido entre os credores. A unificação das publicações previstas neste parágrafo com a do § 1.º ao art. 52 não constituiria empecilho para a adequada informação aos credores. Nem a remissão ao art. 55 justifica dois editais referentes à crise de uma sociedade.

Se a norma não é eficaz porque não traz segurança para os credores, aumenta custos de transação na busca de prevenir-se contra certos efeitos.

Art. 54. O plano de recuperação judicial não poderá prever prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação judicial.

Parágrafo único. O plano não poderá, ainda, prever prazo superior a 30 (trinta) dias para o pagamento, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, dos créditos de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores ao pedido de recuperação judicial.

RACHEL SZTAJN

O artigo em comento dispõe de forma especial, sobre créditos trabalhistas e acidentários. Na esteira da legislação anterior, e porque os créditos decorrentes de relações de emprego têm natureza alimentar – deixa-se de lado alguns salários fora do padrão médio que podem ter natureza mista – curial que se dê prioridade a essas verbas em face de outros credores. Da mesma forma os créditos indenitários resultantes de acidente de trabalho, inclusive os *in itinere*, e nestes casos, é ainda mais evidente a razão, uma vez que o acidente poderá ser fonte de impossibilidade de exercer atividade laboral.

Pode-se supor que se trata de credores involuntários, isto é, de credores que, por alguma razão, não tinham opção para escolher outro empregador ou outro trajeto ou outra função. E, como credores involuntários, não porque hipossuficientes como dizem alguns. Não se trata de luta de classes, de espoliação, mas de cooperação em que alguma assimetria informacional é pressuposta, assimetria que torna uma das partes vulnerável em face da outra.

O prazo para liquidação dessas verbas, sem limitação do valor, não deve superar 12 meses, prazo esse contado da aprovação do plano, de supor. Se o prazo for contado a partir de evento antecedente, o lapso temporal será menor do que o predisposto no *caput*. Questão que resta para responder tem que ver com a classificação das verbas salariais como alimentos. Se o empregado, embora não recebendo os salários no montante e nos prazos legais, mantém o vínculo, como é que sustenta a si e à família? Se o empregado pleiteia salários atrasados, mas está empregado em outra sociedade, será que as verbas ainda preservam sua natureza alimentar? Não que se deseje afastar a idéia de que o salário, além de ser o preço pago pela força de trabalho, se destina a prover o sustento do trabalhador e familiares. O

que se questiona é a idéia de que qualquer verba salarial seja qualificada como valor destinado a alimentos e, portanto, deve-se privilegiar esse pagamento sobre os demais. Essa dúvida pode explicar a norma do parágrafo único que fixa em cinco salários mínimos por trabalhador, o montante a ser pago nos 30 dias após a aprovação do plano.

A restrição ao montante que deve ser desembolsado em curtíssimo prazo (30 dias) abrange tanto o valor por empregado quanto a natureza da obrigação. Apenas créditos de natureza estritamente salarial, vencidos nos 3 meses anteriores ao pedido de recuperação judicial, devem ser pagos nesse prazo. Verbas indenitárias por acidentes de trabalho ou salários atrasados que superem o teto de cinco mínimos ficam sujeitos à regra geral que é serem pagos em até 12 meses.

Parece que o legislador entende que a parcela considerada alimentar corresponde ao máximo de cinco salários que não tenham sido pagos nos 3 meses que antecedem à concessão do pedido de recuperação judicial. Atrasos superiores a 3 meses não são computados para esse fim.

Nota-se, e a observação se destina a acautelar o leitor, que estão em curso debates sobre a esfera de competência da Justiça do Trabalho. Há questões que, até a aprovação da Emenda Constitucional de 8 de dezembro de 2004, estavam fora da competência da justiça especial. O alargamento da área de atuação da Justiça do Trabalho, que começa com a previsão de que relação de emprego e relação de trabalho têm mesmos efeitos, a discussão sobre dano moral no trabalho e o foro em que deve ser discutida, podem afetar a análise deste artigo que, redigido sob a égide da legislação anterior, se refere a relação de emprego, não trabalho.

A veracidade das informações que devem ser prestadas são, ainda, pressuposto para a não convolação do pedido de recuperação em falência. Incorreções ou falsidades não são aceitas sob qualquer pretexto, dando ensejo à imposição de pena por crime de indução a erro.

Seção IV

Do procedimento de recuperação judicial

Art. 55. Qualquer credor poderá manifestar ao juiz sua objeção ao plano de recuperação judicial no prazo de 30 (trinta) dias contado da publicação da relação de credores de que trata o § 2º do art. 7º desta Lei.

Parágrafo único. Caso, na data da publicação da relação de que trata o *caput* deste artigo, não tenha sido publicado o aviso previsto no art. 53, parágrafo único, desta Lei, contar-se-á da publicação deste o prazo para as objeções.

EDUARDO SECCHI MUNHOZ

Ao formular pedido de recuperação judicial, o credor deve apresentar uma relação de credores (art. 51, III)²²⁰ que será publicada por meio de edital, tão logo o juiz defira o seu processamento (art. 52, § 1.º, II). Em 15 dias da publicação desse edital, os credores podem apresentar ao administrador judicial seus pleitos em relação aos créditos (art. 7.º, § 1.º), iniciando-se, então, o prazo de 45 dias para que este elabore e faça publicar uma relação de credores (art. 7.º, § 2.º).

Assim, em 60 dias contados da decisão que deferir o processamento da recuperação, o administrador judicial deve publicar a relação de credores, os quais, segundo o art. 55, dispõem de 30 dias para manifestar ao juiz sua eventual objeção ao plano apresentado pelo devedor.

A escolha da data da publicação da relação de credores elaborada pelo administrador judicial (art. 7.º, § 2.º) como *dies a quo* do prazo para a impugnação do plano de recuperação indica que somente os credores constantes de tal relação têm legitimidade para apresentar a objeção. Essa regra é coerente com a que define a legitimização para o exercício do voto na assembléia de credores (art. 39).

O credor eventualmente não incluído na relação publicada nos termos do art. 7.º, § 2.º, porém, pode obter o reconhecimento judicial da existência de seu crédito, ainda que por decisão liminar ou tutela antecipada, caso em que não parece haver dúvida quanto à sua legitimidade para impugnar o plano de recuperação. É o que se depreende da parte final do art. 39 da Lei, ao reconhecer o direito de voto na assembléia geral aos credores não incluídos no quadro geral ou na relação publicada pelo administrador judicial nos termos do art. 7.º, § 2.º, mas cujos créditos tenham sido habilitados por força de decisão judicial: “(...) acrescidas, em qualquer caso, das que estejam habilitadas na data da realização da assembléia ou que tenham créditos admitidos ou alterados por decisão judicial, inclusive as que tenham obtido reserva de importâncias, observado o disposto nos §§ 1.º e 2.º do art. 10 desta Lei”.

²²⁰ Os artigos mencionados desacompanhados da respectiva menção legislativa integram a Lei 11.101/2005.

Se a lei confere o direito de votar na assembléia geral aos credores não incluídos no quadro geral de credores ou na relação elaborada pelo administrador judicial antecipadamente (art. 7.º, § 2.º), desde que seu crédito tenha sido reconhecido por decisão judicial proferida à data da assembléia (art. 39), evidentemente, tais credores têm o direito de impugnar o plano no prazo previsto no art. 55, ora examinado. Afinal, de nada serviria conferir ao credor direito de voto na assembléia geral se este não tivesse a possibilidade de oferecer objeção ao plano, ato que, segundo a lei, constitui condição necessária para a convocação e realização do conclave.

O parágrafo único do art. 55 define um segundo termo inicial para o prazo de impugnação do plano de recuperação: a publicação do edital contendo aviso quanto à apresentação do plano pelo devedor (art. 53, parágrafo único), caso tal ato tenha sido praticado após a publicação da relação de credores pelo administrador judicial (art. 7.º, § 2.º). Não poderia ser de outra forma, pois evidentemente o credor não teria a possibilidade de impugnar responsabilmente o plano de recuperação antes mesmo de conhecê-lo, ou de dispor de tempo razoável para examiná-lo.

Assim, se a apresentação da relação de credores pelo administrador judicial é importante para definir as pessoas legitimadas a apresentar objeção ao plano de recuperação (*dies a quo* definido no *caput*), a prévia apresentação deste pelo devedor é indispensável para que o credor possa analisá-lo e, assim, formular ou não sua impugnação (*dies a quo* previsto no parágrafo único).

Vale observar que a apresentação do plano de recuperação pelo devedor deve ocorrer, a exemplo da publicação da relação de credores elaborada pelo administrador judicial, em 60 dias da decisão que deferir o processamento da recuperação (art. 53, parágrafo único). Dessa forma, desde que os prazos previstos na lei sejam observados, tanto a relação de credores quanto o plano de recuperação deverão ficar à disposição dos credores em 60 dias do processamento da recuperação judicial, iniciando-se, então, a fluência do prazo de 30 dias para impugnação do plano.

É importante observar que a não apresentação do plano de recuperação pelo devedor no prazo legal constitui motivo para a decretação da falência (art. 73, II). Por outro lado, a lei não previu sanção específica para a hipótese de a relação dos credores elaborada pelo administrador judicial não ser publicada no prazo legal de 60 dias. Sem a publicação de tal relação, como se viu, não se inicia o prazo para impugnação do plano, o que pode atrasar a realização da assembléia geral de credores destinada a deliberar sobre o plano de recuperação, a qual, segundo o art. 56, deve realizar-se no prazo máximo de 150 dias contados da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial. Embora o atraso, nessa hipótese, não fosse causado pelo devedor, mas pelo administrador judicial, o primeiro sofreria sério prejuízo, na medida em que, expirado o prazo de 180 dias do processamento da recuperação, voltariam a ter curso as ações e execuções movidas contra o devedor. Dada a gravidade da falta e de suas possíveis conseqüências, é de se concluir que a não apresentação da relação de credores pelo administrador no prazo legal constitui falta grave e, portanto, motivo para sua destituição pelo juiz, nos termos do art. 31.

O devedor dispõe, portanto, de 60 dias, desde o processamento da recuperação judicial, para elaborar e negociar o plano de recuperação com os credores, buscando obter a concordância unânime destes quanto às condições apresentadas. Obtida a unanimidade, ou seja, não sendo apresentada objeção ao plano de recuperação por

nenhum credor, este restará aprovado independentemente da realização da assembléia geral de credores (art. 58).

Uma vez apresentada objeção por qualquer credor, no entanto, faz-se necessária a realização da assembléia geral. Nessa hipótese, considerando que as objeções devem ser formuladas em cerca de 90 dias do processamento da recuperação judicial (art. 55 c.c. arts. 7.º, § 2.º, e 53, parágrafo único) e que a assembléia geral de credores deve realizar-se em no máximo 150 dias dessa mesma data (art. 56), infere-se que o devedor dispõe de cerca de 60 dias para negociar a aprovação do plano pela assembléia, a partir da data em que a impugnação tiver sido formulada.

Na assembléia de credores, o devedor não precisará contar com a concordância da unanimidade dos credores, podendo obter a aprovação do plano uma vez atingido o *quorum* previsto no art. 45, ou no art. 58, § 1.º, como se verá adiante. Caso, porém, o devedor seja compelido a modificar o plano inicialmente apresentado para obter a desejada aprovação, não poderá reduzir os direitos dos credores ausentes na assembléia geral, regra que, como se verá, merece críticas contundentes (art. 56, § 3.º).

Art. 56. Havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz convocará a assembléia-geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação.

§ 1º A data designada para a realização da assembléia-geral não excederá 150 (cento e cinqüenta) dias contados do deferimento do processamento da recuperação judicial.

§ 2º A assembléia-geral que aprovar o plano de recuperação judicial poderá indicar os membros do Comitê de Credores, na forma do art. 26 desta Lei, se já não estiver constituído.

§ 3º O plano de recuperação judicial poderá sofrer alterações na assembléia-geral, desde que haja expressa concordância do devedor e em termos que não impliquem diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes.

§ 4º Rejeitado o plano de recuperação pela assembléia-geral de credores, o juiz decretará a falência do devedor.

EDUARDO SECCHI MUNHOZ

Segundo o *caput* do dispositivo, a objeção apresentada por *qualquer* credor ao plano de recuperação torna imperiosa a convocação da assembléia geral de credores para deliberar a respeito de sua aprovação. Assim, para que o plano de recuperação seja aprovado independentemente de deliberação da assembléia geral é preciso que o devedor conte com a concordância *unânime* dos credores. Nada obstante ser pequena a probabilidade de ocorrência da hipótese regulada, justifica-se o dispositivo legal na medida em que, se o plano contou desde logo com a adesão unânime dos credores, faz-se de todo desnecessária a realização da assembléia.

O § 1.º do art. 56 estabelece que a assembléia geral destinada a deliberar a respeito do plano de recuperação deve ser realizada no prazo de 150 dias a contar da data do deferimento do processamento da recuperação. A lei não estabeleceu, porém, nenhuma sanção para a hipótese de não ocorrer a assembléia dentro desse prazo, como, por exemplo, a imediata decretação da falência do devedor. Para que seja decretada a falência, segundo o § 4.º do mesmo dispositivo, é preciso que a assembléia geral tenha “rejeitado o plano de recuperação”.

Há de se relacionar, contudo, o prazo para a realização da assembléia com o de suspensão das ações e execuções contra o devedor. Segundo o art. 6.º, § 4.º, o prazo de suspensão de ações e execuções em face do devedor “em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial”.

Assim, se a assembléia geral não se realizar em 180 dias do deferimento do processamento da recuperação judicial, ainda que a falência não possa ser decretada (o plano não foi *rejeitado*), o devedor perderá uma das principais proteções que lhe são oferecidas pelo processo de recuperação judicial, qual seja, a suspensão das ações e execuções dos credores.

O período de suspensão das ações e execuções oferece ao devedor poder de negociação perante os credores, sendo apontado pela doutrina como um dos principais fatores que permitem a divisão dos pagamentos na recuperação de forma diversa da que seria observada se fosse respeitada de forma absoluta a ordem de classificação dos créditos prevista na lei (art. 83). Na literatura norte-americana, diz-se que o *automatic stay* (período de suspensão automática das ações) permite ao devedor buscar soluções que se desviem da *absolute priority of claims* (ordem de classificação dos créditos), de modo a reservar para si uma parcela de valor da empresa em recuperação.²²¹

A lei brasileira procurou, contudo, restringir o poder de barganha do devedor, limitando esse prazo de suspensão, de forma peremptória, com a clara preocupação de evitar o excessivo prolongamento das discussões sobre o plano de recuperação e a suspensão das ações e execuções dos credores. Não confere ao juiz o poder de interferir em relação à matéria, ao estabelecer que, findo o prazo “improrrogável” de 180 dias, as ações e execuções retomam o seu curso normal, “independentemente de pronunciamento judicial” (art. 6.º, § 4.º, *in fine*).

A orientação adotada pela lei brasileira é, nesse aspecto, bastante diversa do modelo que a inspirou – o do *Chapter 11*, do *Bankruptcy Code* (BC), de 1978, norte-americano. A *Section 362* do BC, a exemplo da lei brasileira, estabelece a suspensão automática (*automatic stay period*) de todas as ações e execuções movidas contra o devedor quando do processamento da recuperação, mas não define um termo final para essa suspensão, como ocorre na lei brasileira. A suspensão, portanto, estende-se até o termo final do processo de recuperação, ou seja, até a aprovação ou não do plano de recuperação (§ 362 (c) (2), BC), para o que a lei norte-americana também não estabelece prazo. Define, apenas, que durante os primeiros 120 dias, o devedor tem a prerrogativa de apresentar exclusivamente o plano de recuperação (§ 1121 (b), BC), podendo o juiz, no entanto, estendê-lo desde que observadas determinadas condições (§ 1121 (d), BC), algo que usualmente ocorre.

²²¹ BEBCHUK: “The bankruptcy rules of the United States often enable the equityholders of companies in financial distress to extract deviations from the absolute priority (AP) – that is, obtain some value even when the debtholders are not paid in full. One important way in which the equityholders can do so is by putting (or threatening to put) the company in Chapter 11 of the Bankruptcy Code. Once Chapter 11 is commenced there is an *automatic stay* that prevents debtholders from getting any value until a reorganization plan is adopted” (BEBCHUK, Lucian A. *Ex ante costs of violating absolute priority in bankruptcy*, p. 445); cf., ainda, BEBCHUK, Lucian A. e CHANG, Howard. *Bargaining and the division of value in corporate reorganization*, p. 253-279.

Aponta-se que os processos de recuperação de médias e grandes empresas nos Estados Unidos levam aproximadamente de 2 a 3 anos;²²² durante esse período, mantém-se a suspensão de todas as ações e execuções movidas contra o devedor. Admite a lei norte-americana no entanto que, uma vez presentes determinados requisitos, pode o juiz levantar a suspensão das ações ou execuções em relação a determinados credores (*relief from the stay*), com o objetivo de proteger os seus interesses (§ 362 (d), BC).

No sistema norte-americano, portanto, o poder de barganha do devedor é substancialmente maior do que o observado no modelo brasileiro, no qual o prazo de suspensão das ações e execuções é de 180 dias, sendo improrrogável pelo juiz. Ademais, ao conceder maior poder de decisão ao juiz, que pode levantar a suspensão em relação a determinados credores, desde que presentes os requisitos próprios, o modelo estadunidense mostra-se mais flexível, o que permite a adoção de soluções amoldadas às peculiaridades dos casos concretos. No regime da lei brasileira, observa-se uma absoluta rigidez na disciplina da matéria, não sendo atribuída ao juiz nenhuma margem de interferência sobre o processo de negociação, o que pode levar a soluções muitas vezes incompatíveis com as circunstâncias específicas de cada caso concreto, podendo esvaziar a finalidade do instituto da recuperação. Essa rigidez do regime brasileiro causa preocupação, na medida em que a lei de falências e recuperação diz respeito ao exercício da atividade empresarial, que é extremamente rica em peculiaridades, exigindo a tomada de decisões e a aplicação de soluções consentâneas com o dinamismo da vida econômica.

Em defesa da opção do legislador brasileiro, poder-se-ia afirmar que a atribuição de poder à autoridade judicial para interferir demasiadamente nos direitos do devedor e dos credores, que estruturam o processo de negociação previsto na lei²²³ – como ocorre no sistema norte-americano, no qual por exemplo, o juiz pode levantar a suspensão das ações – poderia abrir espaço para decisões que, ainda que pudessem satisfazer o sentimento de justiça para o caso concreto (equidade), não seriam consentâneas com os objetivos impostos pela lei no que se refere a toda a sociedade. Assim, entre atribuir poder ao juiz para decidir a matéria em conformidade com os casos concretos e adotar uma regra rígida, aplicável indistintamente a todos, preferiu o legislador a segunda alternativa.

Com isso, a lei brasileira concedeu poder de barganha ao devedor, ao estabelecer a suspensão das ações e execuções por 180 dias, mas limitou-o de forma absoluta, com o objetivo de proteger os credores, impedindo ao juiz, em qualquer hipótese, a prorrogação desse prazo, ou mesmo o levantamento da suspensão em relação a determinados credores. Ainda que o legislador tivesse optado por não conceder ao juiz poder de interferência sobre

²²² ROE, Mark J. Corporate reorganization and bankruptcy, p. 12.

²²³ Para identificar o modelo de regulação que, claramente, foi adotado pela atual lei brasileira, Oliver Hart utiliza a expressão *structured bargaining*. O modelo da *structured bargaining*, segundo o autor, caracteriza-se por encorajar os diversos titulares de pretensão contra a empresa (sócios, administradores, trabalhadores e credores) a ingressar num processo de negociação sobre o futuro desta – se deve ser liquidada ou reorganizada e como o valor respectivo deve ser dividido –, de acordo com regras previamente determinadas na lei (HART, O. *Different approaches to bankruptcy*, p. 7, disponível em <http://www.nber.org/papers/w7921>, consultado em maio de 2005). Vale dizer, trata-se de um processo de negociação fortemente regulado pela lei, que estabelece regras no sentido de organizar o poder de barganha das diversas partes, procurando coordenar os interesses conflitantes e levar as partes a um comportamento cooperativo, de tal forma que do processo de negociação possam resultar soluções coerentes com o interesse da sociedade.

o processo de negociação entre devedor e credores, regulado rigidamente pelos termos da lei, seria recomendável que esta previsse algumas válvulas de escape, flexibilizando o sistema de modo a permitir soluções ajustadas aos casos concretos. Assim, poderia a lei estabelecer requisitos, tão precisos e objetivos quanto possível, os quais, uma vez presentes em cada caso, poderiam levar o juiz a levantar a suspensão em relação a determinados credores, ou mesmo a prorrogar o prazo de 180 dias. Tais requisitos previstos na lei limitariam o poder de interferência do juiz sobre o processo de negociação, mas ao mesmo tempo introduziriam maior flexibilidade ao modelo.

A rigidez do sistema brasileiro quanto à matéria, vale observar, segue a recomendação de parte da doutrina internacional no sentido de que, em países com sistema judiciário ineficiente, a concessão de excessivo poder de barganha ao devedor pode levar a soluções contrárias ao interesse da sociedade – manutenção de empresas inviáveis –, recomendando-se, em conseqüência, a outorga de maior proteção ao interesse dos credores.²²⁴ Quando a lei brasileira dispõe que a suspensão das ações e execuções *em hipótese nenhuma* excederá o prazo *improrrogável* de 180 dias, podendo os credores reiniciá-las, decorrido tal prazo, *independentemente de pronunciamento judicial*, fica evidente a preocupação de evitar, a todo custo, a interferência da autoridade judicial quanto a essa matéria, protegendo-se, assim, o interesse dos credores.

Dessa perspectiva, parece louvável estabelecer um limite máximo para o prazo de negociação do plano, período em que as ações contra o devedor permanecem suspensas. Contudo, o prazo máximo de 180 dias pode ser considerado exíguo, não sendo remota a hipótese de vir a ser ultrapassado não por negligência do devedor ou pela dificuldade em negociar o plano de recuperação, mas pela impossibilidade de cumprir todos os atos do procedimento judicial de recuperação que não de suceder-se desde a data do deferimento do seu processamento até a realização da assembleia geral de credores destinada a apreciar o plano. A prática desses atos (v.g., atos tendentes à verificação e habilitação dos créditos – arts. 7.º a 20) não está sob o inteiro controle do devedor, dependendo, dentre outros fatores, do bom funcionamento da máquina judicial que, como é notório, no Brasil atual, está longe de pautar-se pela celeridade. Por isso, não é de se descartar a hipótese de jurisprudência, na análise dos casos concretos, vir a admitir a prorrogação do prazo

²²⁴ La Porta *et al* demonstram a importância da eficiência do sistema judicial, além das normas legais, para o desenvolvimento econômico (Legal determinants of external finance, p. 1.131-1.150). Claessens e Klapper apontam que, mesmo diante de leis falimentares semelhantes, os resultados podem ser muito diferentes, em função das variações de eficiência do sistema judicial (CLAESSENS, S., e KLAPPER, L. Bankruptcy around the world – explanations of its relative use. disponível em <http://worldbank.com>, consultado em maio de 2005, p. 10). Assim, diante de um sistema judicial ineficiente, a ausência da suspensão automática das ações contra o devedor pode forçá-los a negociar com os credores, ao passo que, diante de um sistema judicial forte, a ausência de um período de suspensão automática das ações, pode levar à liquidação de empresas viáveis. Sendo notória a ineficiência do Judiciário brasileiro em termos de satisfação dos direitos dos credores (são expressivos os dados estatísticos apresentados no seminário A Justiça em Números – Indicadores Estatísticos do Poder Judiciário Brasileiro, realizado em 12 e 13 de maio de 2005 no Supremo Tribunal Federal), é compreensível a preocupação da nova lei de recuperação, em diversos de seus dispositivos, de procurar proteger o interesse dos credores, evitando a interferência jurisdicional. Segue a lei brasileira o entendimento de que “*in weak judicial settings rights may have to be stronger to compensate for inefficiencies in the courts*” (CLAESSENS e KLAPPER, Bankruptcy around the world – explanations of its relative use, p. 21).

de 180 dias, desde que se tenha expirado por motivos alheios à vontade do devedor e fora de seu controle e desde que os elementos do processo demonstrem haver concreta possibilidade de aprovação do plano de recuperação pela assembléia de credores.

Em conclusão, se o objetivo da lei brasileira quanto ao *stay period* era evitar a concessão de ampla margem de decisão ao Poder Judiciário, a melhor orientação não parece ser a de adotar uma regra excessivamente rígida e rigorosa. A experiência demonstra que, diante de regras excessivamente rígidas, que podem levar a soluções incompatíveis com a realidade subjacente, a jurisprudência tende a buscar construções que a flexibilizem, algo que justamente o legislador pretendia evitar ao adotar a regra dotada de maior rigidez. Melhor seria que a lei tivesse definido com clareza os critérios que autorizariam a prorrogação do prazo de 180 dias e, ainda, estabelecido um limite máximo para essa prorrogação, adotando-se, então, um prazo final mais realista em vista da possível morosidade na prática dos atos processuais que, segundo o modelo adotado, devem necessariamente anteceder a assembléia geral destinada a apreciar o plano de recuperação. Ante a falta de tais regras, pode-se assumir que ou a lei será aplicada com todo o seu rigor em relação ao devedor, o que poderá significar uma excessiva proteção aos credores e, por conseqüência, a liquidação antecipada de empresas viáveis; ou, por outro lado, caso a jurisprudência se direcione no sentido de admitir a prorrogação do prazo de suspensão das ações, pode-se chegar a uma situação de excessiva proteção ao devedor, em prejuízo do interesse dos credores e da sociedade como um todo, na medida em que se postergará a liquidação de empresas inviáveis.

Os §§ 2.º e 3.º do art. 56 (além de outros dispositivos) revelam que a Lei, embora tenha claramente se filiado ao sistema da *negociação entre devedor e credores (structured bargaining)*,²²⁵ afastando-se do modelo de índole fortemente processualista adotado pelo Dec.-lei de 1945, mantém um *processualismo ingênuo*²²⁶ ao regular o processo de negociação, olvidando os aspectos econômicos que o envolvem.

Diz o § 2.º que a assembléia geral de credores, cuja ordem do dia seja a apreciação do plano de recuperação, pode eleger os membros do comitê de credores, se este já não estiver constituído. Isso demonstra que a Lei admite a hipótese de o comitê de credores não ser constituído, ou de somente vir a sê-lo após a aprovação do plano, caso em que suas atribuições ficarão limitadas à fiscalização do cumprimento deste pelo devedor.

Felizmente, a Lei não foi ao ponto de proibir a instalação do órgão antes da assembléia geral destinada a apreciar o plano de recuperação, mas, para que isso ocorra, é necessário que credores que representem no mínimo 25% do total de créditos de uma determinada classe requeiram ao juiz a convocação de assembléia geral para a eleição dos seus membros (art. 36, § 2.º). Ainda, porém, que o comitê de credores seja instalado previamente, o art. 27 lhe confere atribuições bastante limitadas nessa fase do processo

²²⁵ HART, Oliver. Different approaches to bankruptcy, p. 7.

²²⁶ Comparato critica, de forma veemente, o que chamou de processualismo ingênuo da lei na regulação da insolvência das empresas: “No enfrentar dessa crise, como também assinalou o mestre, a pior solução é persistir na orientação marcadamente processualista (...). É imperdoável que o legislador do século XX se deixe deslumbrar pelos ouropéis da moderna processualística, olvidando os problemas especificamente econômicos que a insolvência não deixa de suscitar, mormente quando atinge as grandes empresas. Desse processualismo ingênuo e economicamente danoso livrou-se em boa hora o Direito norte-americano, e mais recentemente o direito francês, como passamos a ver” (COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*, p. 107-108).

de recuperação, impedindo que este órgão possa desempenhar um papel ativo na fase de negociação do plano de recuperação (v.g., a lei brasileira não admite que o comitê de credores apresente plano alternativo de recuperação à assembléia, nem exige sua prévia manifestação a respeito do plano apresentado pelo devedor).

Assim, seja porque a instalação do comitê de credores antes da assembléia destinada a apreciar o plano não é obrigatória, dependendo da iniciativa de credores que representem 25% no mínimo do total de créditos de uma determinada classe, seja porque, ainda que instalado, o comitê de credores não ocupa uma posição central na elaboração e negociação do plano, verifica-se que a lei brasileira não compreendeu a importante função que pode, e deve, ser exercida por esse órgão no processo de negociação. No modelo adotado, o comitê de credores deixa de exercer uma das principais (senão a principal) funções que lhe são atribuídas no direito comparado, qual seja, a de desempenhar um papel relevante e ativo na elaboração e negociação do plano de recuperação, servindo como intermediário nas relações entre o devedor e o conjunto de credores, que por ele são representados.²²⁷ A lei alemã, por exemplo, determina que o comitê de credores deverá colaborar, como consultor, na elaboração do plano de recuperação (§ 218[3], *Insolvenzordnung – InsO*, 5.10.1994, em vigor desde 01.01.1999).

O § 3.º do art. 56 vem corroborar a visão processualista da negociação entre devedor e credores em torno do plano de recuperação adotada pela Lei. O art. 53, parágrafo único, determina que o devedor há de apresentar o plano em 60 dias do processamento da recuperação judicial – até aí nenhuma crítica, pois se garantiu ao devedor a iniciativa de apresentar o plano a ser negociado com o conjunto de credores, solução análoga à encontrada na legislação de outros países, como a norte-americana.²²⁸ A lei não permite, porém, que até a assembléia geral o plano seja modificado pelo próprio devedor, nem admitiu que os credores ou o comitê de credores possam apresentar plano alternativo, antes da realização do conclave. Com isso, o espaço para a negociação fica substancialmente reduzido.²²⁹

Esse quadro formal e rígido de negociação é atenuado pela possibilidade de a assembléia geral de credores modificar o plano inicialmente apresentado pelo devedor, como se desprende do § 3.º do art. 56. Contudo, essa possibilidade de modificação do

²²⁷ A esse respeito, para ilustrar a orientação dominante no direito comparado, vale reproduzir passagem do princípio n. 12 do Principles and guidelines for effective insolvency and creditor rights system, elaborado pelo Banco Mundial: “Creditors interests should be safeguarded by establishing a creditors committee that enables creditors to actively participate in the insolvency process and that allows the committee to monitor the process to ensure fairness and integrity. (...) The committee should serve as a conduit for processing and distributing relevant information to other creditors and for organizing creditors to decide on critical issues” (Principles and guidelines for effective insolvency and creditor rights system. World Bank Legal Review – Law and Justice for Development. New York: Kluwer Law Internacional, abr. 2003, v. 1, p. 639).

²²⁸ Segundo o *Bankruptcy Code* norte-americano, o devedor tem legitimidade exclusiva para apresentar o plano durante o prazo de 120 dias, que pode ser estendido pelo juiz (§ 1121(b), BC).

²²⁹ A lei norte-americana admite que qualquer interessado (incluindo-se o devedor, o *trustee*, o comitê de credores ou qualquer credor) apresente o plano de recuperação, se o devedor não o fizer no prazo de 120 dias, se o plano por ele apresentado não for aceito em 180 dias, ou se tiver sido afastado da condução da atividade com a nomeação de um *trustee* (§ 1121(c), BC); a lei alemã atribui ao devedor e ao administrador da insolvência a prerrogativa de elaborar e apresentar o plano, podendo o comitê de credores e outros interessados atuar como consultores na sua elaboração (§ 218(1) e (3), *InsO*).

plano sofre duas sérias ordens de restrição: a vontade do próprio devedor e a dos credores ausentes no conclave.

De uma perspectiva voltada para a função social da empresa e, por conseqüência, para a tutela dos diversos interesses em jogo em torno dela, que vão muito além do interesse dos seus sócios e administradores, seria de se admitir a aprovação de um plano de recuperação que se demonstrasse viável economicamente e que, além disso, contasse com o amplo apoio do conjunto de *stakeholders* (credores, trabalhadores etc.), ainda que o *devedor* (ou, melhor dizendo, sócios ou administradores do devedor) discordasse de sua implantação. Ao vedar essa possibilidade de forma absoluta, exigindo que o plano eventualmente modificado pela assembléia geral conte necessariamente com a anuência do devedor, a lei brasileira pode levar a soluções incompatíveis com a função social da empresa. Assim, entre proteger o interesse pessoal do empresário (sócios ou administradores do devedor) e salvar a empresa (havida como centro de múltiplos interesses²³⁰), a lei brasileira preferiu a primeira solução.²³¹

Como se verá mais adiante, essa não parece ser a orientação mais adequada. O modelo da *structured bargaining* não é incompatível com a superação, pelo juiz, da vontade dos credores e do devedor em determinadas situações. Vale dizer, diante da presença de determinados requisitos, a lei pode, e deve, prever a possibilidade de o juiz aprovar o plano de recuperação, superando o veto imposto por uma determinada classe de credores (*cram down*, da lei norte-americana, que adiante será analisado) ou mesmo pelo devedor. A superação desse veto e a aprovação do plano garganta abaixo de classe de credores,²³² ou mesmo do devedor, justifica-se exatamente nas situações em que a rejeição do plano importaria na violação da função social da empresa, privilegiando o interesse pessoal de uma das partes no processo.²³³ Se se admite a superação do veto imposto por determinada

²³⁰ Cf. MUNHOZ, Eduardo S. Empresa contemporânea e direito societário.; SZTAJN, Rachel. Teoria jurídica da empresa – Atividade empresária e mercados; SALOMÃO FILHO, Calixto. Interesse social: concepção clássica e moderna. O novo direito societário, p. 13-42; JENSEN, M. e MECKLING, W. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure, p. 305; GULATI, M., KLEIN, W. e ZOLTI, E. Connected contracts, p. 887; HANSMANN, H. The ownership of enterprise, p. 18.

²³¹ A respeito dessa questão, cf. COMPARATO: “O mínimo que se pode dizer nessa matéria é que o dualismo no qual se encerrou o nosso direito falimentar – proteger o interesse pessoal do devedor ou o interesse dos credores – não é de molde a propiciar soluções harmoniosas no plano geral da economia. O legislador parece desconhecer totalmente a realidade da empresa, como centro de múltiplos interesses – do empresário, dos empregados, dos sócios capitalistas, dos credores, do fisco, da região, do mercado em geral – desvinculando-se da pessoa do empresário. (...) a análise dos interesses objetivos dos credores passa por uma apreciação da situação econômica da empresa e de suas possibilidades de superar a crise de liquidez em que se encontra. (...) A empresa segue a sorte do empresário, como se fora objeto de sua propriedade. (...) Entre punir o empresário e salvar a empresa, o dilema não se põe no sistema da lei: o direito positivo só conhece a primeira solução” (*Aspectos jurídicos da macro-empresa*, p. 102 e 103).

²³² A expressão *cram down*, empregada pela doutrina norte-americana para designar a possibilidade de o juiz, observados determinados requisitos, impor o plano a uma classe de credores por ele afetada (*impaired class*) a despeito da objeção desta, deriva da fórmula adotada em algumas decisões judiciais no sentido de que o plano é empurrado garganta abaixo dos seus objetores (*crammed down the throats of the objectors*). A esse respeito, cf. MALOY, R. *A primer on cramdown – How and why it works*, p. 1-57.

²³³ Veja-se que, no modelo francês, o único critério adotado para a aprovação ou não do plano de recuperação é a viabilidade econômica da empresa, a ser aferida pelo juiz de acordo com os elementos

classe de credores ao plano, por que não prever as mesmas possibilidades se o veto partir do devedor? Em ambas as hipóteses, observados os requisitos da lei, é de se admitir a superação do veto pelo juiz sempre que a sua imposição contrariar o interesse geral da sociedade na manutenção da empresa viável.

Essa é a orientação adotada pelo melhor direito comparado. Veja-se que o próprio Chapter 11 da lei norte-americana, fonte primeira do modelo da *structured bargaining*, admite a superação de eventual veto imposto pelo devedor ao plano.²³⁴ Também a lei alemã permite que o juiz aprove o plano a despeito do veto do devedor, desde que: (i) o devedor não seja colocado no plano em situação econômica pior à que teria sem ele; e (ii) nenhum credor tenha obtido um valor econômico excedente ao valor integral de seu crédito.²³⁵

É bem verdade que, na lei brasileira, o obstáculo à aprovação do plano representado pela vontade do devedor pode ser superado, na hipótese de ser determinado o seu afastamento pelo juiz, o que é admitido nas situações previstas no art. 64 (v.g., prática de crimes, fraude contra credores, atos irregulares de administração), do qual adiante se cuidará. A interpretação sistemática do § 3.º do art. 56 e do art. 64 leva à conclusão de que, uma vez afastado o *devedor*, o plano modificado pela assembléia poderá ser aprovado se contar com a aprovação do *gestor judicial*, eleito pela própria assembléia geral de credores (art. 65).

Se haveria argumentos, sob certa perspectiva, para defender-se que a vontade do devedor constituiria um limite para a modificação do plano pela assembléia geral, o mesmo não se pode dizer com respeito à segunda restrição imposta pelo dispositivo: a não-redução dos direitos dos credores ausentes no conclave. Neste ponto, o princípio da deliberação majoritária adotado pela lei (arts. 45 e 58) foi gravemente afetado, na medida em que a maioria dos credores não poderá determinar a redução dos direitos conferidos aos ausentes pelo plano inicialmente apresentado pelo devedor. Com isso, uma estratégia possível aos credores satisfeitos com o plano apresentado inicialmente pelo devedor pode ser a de simplesmente deixar de comparecer à assembléia; nesse caso, terão a segurança de que seus direitos, tal como previstos no plano, não poderão ser reduzidos, ainda que

técnicos que lhe são trazidos pelo administrador judicial nomeado ao longo do processo. Assim, a aprovação do plano independe da vontade do devedor ou dos credores (L621-54 e L621-62, *Code de Commerce*). Se esse modelo tem merecido críticas, por levar muitas vezes a resultados *ex ante* e *ex post* ineficientes (cf. ATIVAS, Izak. Bankruptcy policy, p. 144-169; e Principles and guidelines for effective insolvency and creditor rights system and the french system – an overview. FERRY, J. *The World Bank Legal Global Forum on Insolvency*, jan. 2003, Working Paper, disponível em www.worldbank.org, consultado em maio 2005), por outro lado, evidencia a preocupação em proteger o interesse público, acima dos interesses privados do devedor e dos credores (cf. TOLEDO, Paulo F. Campos Salles de. *A empresa em crise no direito francês e americano*).

²³⁴ Embora sejam raros os casos, há precedentes em que o juiz determinou a aprovação do plano contra a vontade do acionista (*cram down against equity*). No caso *Evans Products*, os credores aprovaram o plano de recuperação, mas o acionista controlador, Victor Posner, vetou a proposta. Depois de determinada a avaliação da empresa, o juiz decidiu aprovar o plano a despeito do veto do acionista. A esse respeito, cf. LOPUCKI, L. e WHITFORD, W. *Bargaining over equity's share in the bankruptcy of large, publicly held companies*. p. 144-145. Os mesmos autores, em *Preemptive cram down*, p. 625, defendem a possibilidade de o juiz, preliminarmente, no processo de reorganização da empresa, determinar a impossibilidade de o acionista interferir na aprovação do plano de recuperação no caso de empresas claramente insolventes, como forma de reduzir os custos de transação ao longo do processo. Defendem tal possibilidade com fundamento no § 1129(b)(2)(C) do BC.

²³⁵ § 247(2), *InsO*.

isso represente a vontade da maioria. Essa orientação é de todo desarrazoada, pois nada justifica que o absentéismo do credor constitua motivo para a exclusão do princípio majoritário, restringindo-se, assim, o espaço da negociação e a mutabilidade do plano inicialmente apresentado pelo devedor.

Tendo em conta que o modelo adotado pela nova lei falimentar é o da *negociação entre devedor e credores*, é preciso desenhá-lo em todas as suas nuances. Nesse sentido, pode-se, e deve-se, conferir ao devedor a iniciativa, dentro de certo prazo, para apresentar o plano de recuperação, mas não se deve estabelecer nenhuma restrição à possibilidade de sua modificação até a assembléia de credores. As alterações eventualmente imprimidas no plano devem ser havidas como naturais e inerentes a um processo de negociação que confira possibilidade efetiva de os interessados influenciarem as decisões a serem tomadas. A lei, no entanto, trata como excepcional algo que é inerente a esse processo, tornando excessivamente rígido o procedimento para apreciação do plano e, mais do que isso, impondo uma limitação injustificável e inadequada para sua aprovação pela maioria dos credores.

Isso vem demonstrar, mais uma vez, a indisfarçável desconfiança do legislador em relação ao sistema, por ele próprio adotado – *negociação entre devedor e credores*. A despeito de sua confessada filiação ao sistema norte-americano, a lei brasileira não se desvinculou totalmente da influência do modelo processualista adotado pelo Dec.-lei de 1945, o que pode comprometer a consecução dos objetivos visados pelo novo diploma. Para a sociedade, pior do que a adoção de um modelo jurídico passível de críticas é a implementação de um modelo sem coerência interna e, por isso mesmo, forçosamente ineficiente.

Nesse contexto, seria de todo recomendável alterar o § 3.º do art. 56 para admitir a modificação do plano pela assembléia geral, ainda que sejam diminuídos os direitos dos ausentes. Dessa forma, sairia fortalecido o princípio majoritário na aprovação do plano e criar-se-ia um importante estímulo para a participação do conjunto de credores no processo de discussão e de aprovação do plano, combatendo-se a passividade dos credores, que é reconhecidamente negativa para a eficiência do processo de reorganização da empresa.

Uma interpretação possível do § 3.º do art. 56 seria de que se admitiria diminuição dos direitos previstos no plano em relação aos credores ausentes na assembléia, desde que houvesse diminuição de direitos *também* dos credores presentes de mesma classe. Tal interpretação, que poderia encontrar fundamento na parte final do dispositivo, segundo a qual não se admite diminuição de direitos “*exclusivamente*” dos credores ausentes, fortaleceria o princípio majoritário e evitaria a estratégia baseada no absteísmo a que antes se aludiu.

Termina o art. 56 estabelecendo, em seu § 4.º, que a rejeição do plano pela assembléia geral leva necessariamente à decretação da falência pelo juiz. Tal norma encerra uma profunda modificação em relação ao sistema anterior, pois retira do juiz o poder de decidir pela falência ou pela reorganização da empresa, cabendo tal deliberação ao conjunto de credores, reunidos em assembléia geral.

Não sendo aprovado o plano pelo conjunto de credores reunidos no conclave, ao juiz não restará alternativa senão a sua rejeição, salvo a hipótese prevista no art. 58, § 1.º, de que adiante se cuidará. O modelo adotado pela lei brasileira inspira-se claramente, portanto, no direito norte-americano, que tem exercido cada vez maior influência em

relação à legislação falimentar dos demais países.²³⁶ Afasta-se a lei brasileira do modelo adotado em 1945, baseado no instituto da concordata, e do sistema preconizado na lei falimentar francesa,²³⁷ no qual o poder de decisão quanto à reorganização da empresa é atribuído ao juiz.

No modelo ora implantado, o juiz não exerce o papel de árbitro dos diversos interesses em jogo, capaz de decidir de acordo como o melhor interesse da sociedade, premissa adotada no modelo francês, mas confia-se na negociação direta entre os diversos titulares de interesse, observados os parâmetros definidos na lei, como modelo ideal para se encontrar a solução mais eficiente e benéfica para a sociedade. Resta saber se a lei logrou desincumbir-se do desafio de desenhar uma moldura adequada para esse processo de negociação, criando incentivos e parâmetros que permitam alinhar os interesses conflitantes em torno de uma solução consentânea com a função social da empresa, objetivo a ser necessariamente perseguido pelo direito falimentar (art. 170 da CF).²³⁸

Uma situação não prevista na lei, mas que ocorrerá com grande frequência, como os primeiros casos de recuperação judicial já indicam, é a de expirar-se o prazo de 150 dias para realização da assembléia geral de credores destinada a apreciar o plano de recuperação e, ainda, o prazo de 180 dias de suspensão das ações e execuções contra o devedor (*stay period*), sem que a assembléia geral de credores tenha deliberado pela aprovação ou rejeição do plano.

Nessa hipótese, a falência é de ser imediatamente decretada? A resposta é negativa. O art. 73 não prevê, dentre as hipóteses de convocação da recuperação judicial em falência, a não apreciação do plano pela assembléia de credores no prazo de 150 ou de 180 dias, antes referidos. A não observância de tais prazos, portanto, teria como única consequência, a retomada das ações e execuções individuais contra o devedor, que passariam a tramitar paralelamente à recuperação judicial, seguindo esta seu curso até a aprovação, ou não, do plano.

Se o plano for aprovado e a recuperação judicial for concedida, mesmo que depois de decorrido o prazo de 180 dias, ocorrerá a novação das obrigações, nos termos do art. 58, o que afetará, necessariamente, as ações e execuções individuais em curso contra o devedor. Isso porque a novação tem por efeito a extinção do direito original, objeto da

²³⁶ Cf. ATIYAS, Izak. *Bankruptcy policy*.

²³⁷ ATIYAS, Izak. *Bankruptcy policy*; cf., ainda, PAILLUSSEAU, J. Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté, p. 109-150; GUYON, Yves. *Droit des affaires*; COMPARATO, Fábio K. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*; TOLEDO, Paulo C. Salles de. *A empresa em crise no direito francês e americano*.

²³⁸ À falta de uma regulação adequada, o processo de negociação entre os diversos titulares de interesse contra a empresa (sócios, administradores, trabalhadores e credores) pode levar a um resultado inferior para todos (resultado coletivo inferior). Isso porque as partes no processo de recuperação não arcam com todos os custos das decisões por elas tomadas (*free-riders*), o que leva à adoção de estratégias individuais racionais que, combinadas, podem levar a um resultado inferior para todos, solução que corresponde a uma das formas básicas do *Dilema do Prisioneiro*. Em termos de teoria dos jogos, o processo de negociação na recuperação de empresas comporta vários “Equilíbrios de Nash” possíveis, havendo o risco de o jogo desembocar em um equilíbrio ruim, ainda que fosse possível um equilíbrio bom, mais vantajoso para todos os jogadores. Cf. ROE, Mark J., *Bankruptcy and debt: a new model for corporate reorganization*; BAIRD, D. *et al. Game theory and the law*; BAIRD, D. The hidden virtues of chapter 11: *an overview of the law and economics of financially distressed firms*.

ação ou da execução, sendo este substituído por aquele previsto no plano de recuperação. Com a novação do direito original, as ações e execuções individuais devem ser extintas, ou no mínimo permanecer suspensas até o decurso do prazo previsto no art. 61 que, como se verá adiante, prevê hipótese de resolução da novação operada com a concessão da recuperação judicial.

Se, por outro lado, ultrapassado o prazo de 180 dias, o plano não for aprovado e a recuperação judicial não for concedida, a consequência necessária será a falência (art. 73, III), o que também afetará as ações e execuções individuais, que serão atraídas para o processo de execução coletiva.

Segue-se daí que a decisão proferida no processo de recuperação judicial, ainda que expirado o prazo de 180 dias, influenciará as ações e execuções individuais, seja pela novação, decorrente do deferimento da recuperação, seja pela falência.

De mais difícil solução é a hipótese de serem ultrapassados os prazos de 150 e de 180 dias antes referidos, prosseguindo a recuperação judicial por longo período sem que haja qualquer decisão dos credores a respeito do plano, seja para aprová-lo, seja para rejeitá-lo. Ausente a manifestação dos credores, como termina o processo de recuperação judicial? Arrasta-se indefinidamente?

Na linha do que se expôs anteriormente, o simples decurso dos prazos em questão, sem a verificação de uma das hipóteses enunciadas no art. 73, não deve causar nenhum prejuízo à recuperação judicial, salvo o fim do período de suspensão das ações e execuções contra o devedor, de modo que o processo deverá seguir seu curso normal. Mas, por quanto tempo? Um ano, dois anos? Poderia o processo de recuperação judicial arrastar-se indefinidamente?

A resposta deve ser negativa. A lei não estabelece um critério temporal para o fim do processo, mas este deverá ser concluído pelo juiz, diante da presença de requisito de outra natureza: *a absoluta ausência de plausibilidade quanto à aprovação do plano*. Esse requisito pode ser objetivamente aferido pela realização de uma série de conclaves sem atingir-se o *quorum* necessário para tal aprovação.

Assim, presentes cumulativamente os requisitos do decurso do prazo de 180 dias e da absoluta ausência de plausibilidade quanto à aprovação do plano, o juiz deverá terminar o processo de recuperação judicial. Seria, então, de indagar-se: terminar de que forma?

Uma interpretação possível seria que o juiz, ante a falta de manifestação dos credores, deve extinguir o processo de recuperação judicial sem apreciação do mérito (portanto, sem decretação de falência). A corroborar esse entendimento estão os dispositivos da lei que prevêm a decretação da falência apenas na hipótese de o plano de recuperação ser rejeitado ou de a assembléia geral de credores deliberar expressamente pela falência – em ambos os casos haveria uma deliberação positiva –, nada dispondo a respeito da ausência de manifestação.

Outra interpretação seria que o juiz, presentes os citados requisitos cumulativos, deve decretar a falência do devedor. A ausência de *quorum* suficiente para a aprovação do plano de recuperação em sucessivas assembléias gerais de credores seria reputada, então, como *rejeição do plano*, levando à falência, nos termos do art. 73, III.

O segundo entendimento – decretação da falência – parece mais coerente com a lógica do sistema adotado pela lei, pelo qual a recuperação judicial deve culminar com uma de duas alternativas: (i) recuperação, ou (ii) falência.

Admitir que a recuperação judicial seja extinta sem apreciação do mérito, depois de longo trâmite processual, estimularia o devedor e os credores a adotarem estratégias individuais egoísticas (que visam apenas ao respectivo interesse individual), muitas vezes no sentido de protelar o andamento do feito. O devedor poderia usufruir do benefício da suspensão das ações e execuções individuais por 6 meses e, a partir daí, adotar como estratégia estimular o impasse na assembléia geral de credores, de tal sorte que, ao final, o processo seja extinto sem apreciação do mérito. De outra parte, credores interessados na retomada de sua ação ou execução individual também tudo fariam para evitar uma deliberação – positiva ou negativa – sobre o plano. Tais credores não estariam interessados na falência e tampouco na recuperação judicial, preferindo os resultados que obteriam nas suas ações ou execuções individuais.

A possibilidade de o processo ser extinto sem apreciação do mérito, portanto, estimula os comportamentos puramente individuais e egoísticos, o que não contribui para uma solução melhor para todos. De outra parte, a certeza de que a recuperação judicial culminará com a recuperação da empresa ou com a falência deixa devedor e credores sujeitos a um destino que será comum para todos, o que estimula a adoção de comportamentos estratégicos de índole cooperativa. Devedor e credores, ao negociarem seus interesses, levarão em consideração os efeitos causados sobre os interesses dos demais, pois o destino da empresa – recuperação ou falência – dependerá não da sua atuação individual, mas da deliberação (ou da ausência de deliberação) da assembléia geral de credores. A soma das vontades do devedor, ao apresentar o plano, e dos credores, ao votarem em assembléia geral, determinará o destino da empresa, não sendo possível a nenhuma das partes, por meio de sua vontade isolada ou de atos individuais determinar esse resultado. Daí o estímulo ao comportamento cooperativo.

Art. 57. Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembléia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional.

EDUARDO SECCHI MUNHOZ

O art. 57 impõe ao devedor o dever de apresentar certidões negativas de débitos tributários após a aprovação do plano de recuperação, seja porque nenhum credor apresentou objeção (art. 55), seja porque obteve deliberação favorável da assembléia geral (art. 56), sendo este um requisito para a concessão da recuperação judicial pelo juiz, segundo se depreende do art. 58.

Tendo em conta que o prazo para a realização da assembléia geral destinada a aprovar o plano é de 150 dias e que o prazo de suspensão das ações e das execuções contra o devedor é de 180 dias, infere-se que o devedor deverá solucionar suas eventuais pendências tributárias dentro desse período para que, uma vez obtida a aprovação do plano pelos demais credores, possa obter do juiz a concessão da recuperação judicial.

A exemplo do regime anterior, a lei atual deixou de fora do processo de falência e de recuperação os débitos tributários. Não obstante, por força do art. 57, a concessão da recuperação fica a depender necessariamente da *anuência* das autoridades tributárias, na

medida em que não se poderá reorganizar a empresa que não apresentar certidões negativas de débitos tributários, ainda que o plano tenha sido aprovado pelos demais credores.

Por essa razão, para a completude do sistema de reorganização da empresa, é fundamental que a lei de recuperação seja secundada pela lei tributária, na medida em que cabe a esta estabelecer as condições especiais de parcelamento dos débitos de tributos para efeito de recuperação, conforme prescreve o art. 68. Não por outra razão, a edição da lei falimentar e de recuperação veio acompanhada da Lei Complementar 118, de 9 de fevereiro de 2005, que alterou o CTN para introduzir, dentre outros dispositivos, os §§ 3.º e 4.º do art. 155-A: “§ 3.º *Lei específica disporá sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial*; § 4.º *A inexistência da lei específica a que se refere o § 3.º deste artigo importa na aplicação das leis gerais de parcelamento do ente da Federação ao devedor em recuperação judicial, não podendo, neste caso, ser o prazo de parcelamento inferior ao concedido pela lei federal específica*”.

A idéia, portanto, seria que o devedor, simultaneamente à negociação do plano com os demais credores, tivesse a possibilidade de parcelar seus débitos tributários perante as fazendas federal, estadual e municipal, mediante condições especiais de parcelamento a serem definidas por lei específica. Até a presente data, porém, não foi editada a lei complementar específica para regular a matéria, encontrando-se em trâmite perante o Senado Federal o projeto de lei complementar PLS 245, de 24 de agosto de 2004. É provável, portanto, que a lei específica prevista no § 3.º do art. 155-A do CTN, antes referido, não seja editada antes do início da vigência da atual Lei Falimentar e de Recuperação.

Diante desse quadro, considerando as formas de parcelamento de débitos tributários atualmente em vigor, a regra constante do art. 57, ora examinado, pode levar à completa inviabilização da recuperação da empresa. A análise da realidade econômica brasileira demonstra que as empresas em crise financeira normalmente apresentam dívidas tributárias vultosas, sendo as obrigações tributárias, normalmente, as que em primeiro lugar deixam de ser pagas pelo devedor. Isso se explica em virtude do menor poder de constrangimento à atividade do devedor detido pelo fisco comparativamente aos demais credores. A falta de pagamento de tributos não gera para o devedor o risco de ser pedida a sua falência, não leva ao risco de descontinuidade da atividade, como ocorre, por exemplo, no caso de falta de pagamentos devidos a fornecedores (matérias-primas e insumos) ou aos empregados (greve), contando o devedor, ainda, com a ineficiência e morosidade do sistema fiscal de cobrança.

Se esses fatores levam a que a empresa em crise usualmente apresente débitos tributários de valor elevado, é de se concluir que dificilmente, ante a falta de um sistema especial de parcelamento, será possível que ela obtenha certidões negativas desses débitos no prazo máximo de 150 ou 180 dias, de modo a ter a sua recuperação concedida pelo juiz, nos termos dos arts. 57 e 58. Hoje, mesmo empresas em saudável situação financeira têm dificuldade em obter certidões negativas de débitos tributários, em face da ineficiência administrativa do fisco (v.g., falhas de sistema, manutenção de débitos já pagos etc.) e do enorme número de obrigações acessórias que, se descumpridas, inviabilizam a expedição de tal documento; o que não dizer, então, de empresas em crise, que deixam de pagar valores elevados a título de tributos? Para assegurar o bom funcionamento do sistema, era preciso que, juntamente com a lei falimentar e de recuperação, fosse desde logo definido um programa especial e uniforme de parcelamento de débitos tributários para empresas em recuperação em relação a todos os entes tributantes (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

O sistema de parcelamento de débitos tributários deve ser coerente com os prazos definidos pela lei falimentar para o deferimento da recuperação, de tal modo que seja possível ao devedor regularizar suas pendências tributárias no prazo de 150 ou 180 dias em que fica obrigado a apresentar as correspondentes certidões negativas; também é imperioso, e ainda mais importante, que o sistema de parcelamento de débitos tributários seja compatível com os meios de recuperação admitidos pela Lei atual (art. 50), que não ficam restritos ao mero diferimento do pagamento, como ocorria no regime anterior da concordata.

Ainda, porém, que essa precaução tivesse sido tomada pelo legislador – o que não ocorreu –, o melhor seria que a nova Lei tivesse mantido a orientação adotada no regime anterior (art. 174, I, do Dec.-lei 7.661/1945), ou seja, definisse como momento para a apresentação das certidões negativas de tributos o termo final do processo de recuperação, quando o juiz deve encerrá-lo por sentença, desde que cumpridas todas as condições do plano (art. 63). Assim, em vez do exíguo prazo de 150 ou 180 dias, o devedor teria o prazo de até 2 anos (prazo limite para o encerramento do processo de recuperação – art. 63) para solucionar suas pendências tributárias, mantendo-se a garantia ao fisco, por outro lado, de que a falta de regularização das obrigações tributárias inviabilizaria a recuperação da empresa, tornando imperiosa a decretação de sua falência.

Veja-se, por outro lado, que no regime anterior, em que se concedia ao concordatário o prazo de 2 anos para solucionar suas pendências tributárias, a jurisprudência acabou flexibilizando a aplicação do art. 174, I, admitindo que o devedor desistisse da concordata, no final do processo, como forma de evitar que a falta de apresentação das certidões negativas de tributos acarretasse a decretação de sua falência.²³⁹ Diante do maior rigor adotado pela lei atual, que transforma a apresentação das certidões em requisito para a própria concessão do regime especial, não será de causar surpresa o fato de a jurisprudência vir a manter a orientação anterior, de modo a conceder-se a recuperação judicial a despeito da falta de certidões negativas apresentadas pelo devedor. A flexibilização da regra pela jurisprudência talvez seja a única forma de evitar a total inviabilização do sistema de recuperação que pode decorrer da aplicação isolada do art. 57, pelas razões anteriormente destacadas.

Desde o início da vigência da lei, verifica-se que, de fato, a jurisprudência tem se orientado no sentido de conceder a recuperação judicial, mesmo ante a ausência de certidões negativas, ou positivas com efeito de negativas. Os fundamentos adotados para tais decisões são, desde a não aprovação, até a presente data, da lei destinada a prever programas especiais de parcelamento para empresas em recuperação, até o interesse público na recuperação, que encontraria fundamento constitucional.²⁴⁰

²³⁹ A título ilustrativo, cf. o seguinte acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “Concordata preventiva – Desistência – Admissibilidade – Ausência de certidão negativa dos débitos fiscais – Irrelevância – Hipótese não configurada nos arts. 174, I, da Lei de Falências e 191 do CTN – Deferimento da desistência pelo juiz que não implica o julgamento da concordata como cumprida ou sua concessão – Recurso provido” (TJSP, AI 207.902-1, rel. Des. Donald Armelin, DJ 08.02.1994).

²⁴⁰ Cf., entre outras: concessão da recuperação judicial da Varig – Viação Aérea Riograndense, 8.ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro, j. 28.12.2005; concessão da recuperação judicial da Parmalat Brasil S.A. – Indústria de Alimentos, Proc. 583.00.2005.06090-1, 1.ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo, j. 02.02.2006, com citação de farta jurisprudência. Também de interesse é o parecer do Ministério Público do Estado de São Paulo, da lavra do promotor de Justiça, Dr. Alberto Camiña Moreira, de 28.01.2006, proferido no processo recuperação judicial da Parmalat Brasil S.A., antes referido.

Para finalizar esse tópico, não se pode deixar de mencionar que, ao impor como condição para o deferimento da recuperação a plena regularidade dos débitos tributários, a lei concede a cada ente tributante (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) um poder de veto absoluto à recuperação da empresa, solução que, além de inadequada, é incompatível com a própria classificação dos créditos adotada no novo modelo, pela qual os credores com garantia real ficam em posição privilegiada em relação ao fisco (art. 83). É possível que os credores com garantia real concordem com a recuperação da empresa, aprovando o plano apresentado pelo devedor, mas que esta seja impossibilitada por um dos entes tributantes, ao não conceder o parcelamento de seus créditos. Nessa hipótese, sendo decretada a falência, nada garante que o fisco venha a receber os seus créditos, pois isso somente ocorrerá se houver ativos suficientes para pagar os créditos trabalhistas e os com garantia real (art. 83).

Essa análise – possibilidade, ou não, do efetivo recebimento do crédito – que, pelas razões antes expostas, deveria ser admitida como válida para efeito de concessão, ou não, pelo fisco do parcelamento dos débitos tributários, em vista do princípio da legalidade estrita que governa o direito tributário (art. 142 do CTN), não seria admitida em face dos critérios previstos pela legislação tributária em vigor.²⁴¹ Paradoxalmente, ao observar os critérios definidos na legislação em vigor e negar o parcelamento, o fisco poderá inviabilizar a recuperação e, em consequência, atuar contra o seu próprio interesse, na medida em que a falência poderá significar a completa impossibilidade de recebimento de seu crédito, em virtude da posição privilegiada dos empregados e dos credores com garantia real.

Essas observações demonstram que, sem o adequado tratamento dos débitos tributários, o sistema de recuperação da empresa não se sustenta, não dispensando a esperada disciplina equilibrada e proporcional aos diversos interesses em jogo. Esse equilíbrio e proporção, contudo, não foi assegurado na atual lei de recuperação, nem na lei complementar tributária que a acompanhou (LC 118/2005). Espera-se que a lei a ser editada para regular o parcelamento de débitos tributários para fins de recuperação, nos termos do § 3.º do art. 155-A do CTN, venha a adotar critérios adequados e bem alinhados com o sistema de recuperação preconizado pela Lei 11.101/2005, de forma a atenuar os problemas ora apontados em relação à matéria. Até que isso ocorra, caberá unicamente à jurisprudência interpretar o art. 57 de sorte a não inviabilizar o regime de recuperação preconizado pela nova Lei.

Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembléia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.

§ 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembléia, tenha obtido, de forma cumulativa:

I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes;

²⁴¹ Cf. Portaria Conjunta da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e da Secretaria da Receita Federal n. 2, de 31.10.2002, que consolida as regras sobre parcelamentos de débitos para com a Fazenda Nacional, aplicáveis subsidiariamente aos demais entes tributantes para efeito de recuperação de empresa, consoante o art. 155-A, § 4.º, do CTN, enquanto não for editada a lei específica prevista no § 3.º do mesmo dispositivo.

II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas;

III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei.

§ 2º A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

EDUARDO SECCHI MUNHOZ

Segundo o *caput* do art. 58, o juiz concederá a recuperação judicial se, cumpridas as demais exigências previstas na lei (v.g., apresentação de certidões negativas de débitos tributários – art. 57), o plano de recuperação tiver sido aprovado pelos credores, seja por não ter sofrido objeção (art. 55), seja pela deliberação positiva da assembléia geral, observado o *quorum* previsto no art. 45.

Não cabe ao juiz, portanto, nenhuma margem de *discrecionariade* a respeito da matéria ou, em palavras mais precisas, não há na lei, quanto a esse aspecto, conceitos abertos (chamados conceitos indeterminados) que confirmam ao juiz margem ampla de interpretação para a emissão dos respectivos *juízos de legalidade*.²⁴² Assim, uma vez preenchidos os requisitos da Lei, que nesse aspecto não adota nenhuma cláusula aberta ou conceito indeterminado, e aprovado o plano pelos credores, cumpre ao juiz conceder a recuperação; se, por outro lado, não se configurar tal hipótese, cabe ao juiz decretar a falência.

A verificação no caso concreto, portanto, da viabilidade da recuperação do devedor e do atendimento aos objetivos alinhados pelo art. 47 não cabe ao juiz, mas deverá resultar do processo de negociação entre devedor e credores estritamente regulado pela Lei (*structured bargaining*).²⁴³ O modelo adotado, a exemplo do que hoje se verifica na maioria dos países, afasta-se do sistema francês,²⁴⁴ para aproximar-se do sistema nor-

²⁴² Sobre *discrecionariade* judicial, cuja possibilidade é negada, e a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, cf. GRAU, Eros R. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 52, 53, 200-203 e 224-230.

²⁴³ HART, Oliver. *Different approaches to bankruptcy*, p. 7; ROE, Mark. *Bankruptcy and debt: a new model for corporate reorganization*, p. 527; ATIVAS, Izak. *Bankruptcy policy, Regulatory policies and reform: a comparative perspective*, 149-154.

²⁴⁴ Na lei francesa cabe ao juiz, independentemente da vontade dos credores, conceder ou não a recuperação da empresa, baseando-se nos relatórios e pareceres econômicos apresentados pelo administrador judicial (L 621-54 e L 621-62, *Code de Commerce*). O juiz, portanto, deverá decidir a matéria tendo em vista o interesse público na preservação da empresa viável, ou na liquidação da empresa inviável, substituindo-se à vontade das partes envolvidas no processo (cf. PAILLUSSEAU, J. *Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté*). Nesse modelo, parte-se da premissa de que a autoridade judicial é o melhor intérprete do interesse público, não se confiando na vontade das partes envolvidas no processo para se chegar ao resultado vantajoso para toda a sociedade. Nesse sentido, vale conferir os comentários de Comparato, logo no início da vigência da então nova lei francesa: “Além disso, o novo diploma falimentar francês restringiu os poderes dos credores no processo, aumentando correlativamente as prerrogativas do magistrado. (...) A falência da grande empresa é apenas teoricamente um problema de Direito privado, e o Estado não pode confiar a sua solução ao livre jogo dos interesses individuais dos credores, supostamente mais zelosos em

te-americano.²⁴⁵ A lei estrutura um processo de negociação entre devedor e credores que busca implementar um modelo de comportamento cooperativo, de convergência de interesses, em lugar de um comportamento individualista. Confia-se que desse processo de negociação estruturada (regulada pela Lei) possa resultar a solução consentânea com o interesse público na preservação da empresa viável e na liquidação da empresa inviável.²⁴⁶

No modelo adotado, a Lei procura definir o poder de barganha do devedor e dos credores em geral, inclusive os trabalhadores, de sorte a buscar o resultado ótimo, ou seja, a levar à consecução dos objetivos visados pela Lei, estabelecidos no art. 47. Cabe ao juiz, nesse contexto, o papel de presidir o processo de negociação e de assegurar o respeito aos direitos de cada uma das partes, homologando, ao final do processo, a decisão que resultar do processo de negociação estruturada, seja para decretar a falência do devedor, seja para conceder a recuperação. Contudo, como se verá, ao comentar-se o § 1.º do art. 58, no regime da Lei brasileira, o poder de interferência do magistrado no processo de negociação é bastante menor do que o observado na própria lei norte-americana.

O § 1.º do art. 58 permite ao juiz conceder a recuperação judicial, ainda que o plano não tenha sido aprovado nos termos do art. 45, desde que na assembléia geral de credores o plano tenha obtido cumulativamente: (i) o voto favorável dos credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes ao conclave, independentemente de classe (inc. I); (ii) a aprovação de duas classes de credores, nos termos do art. 45, ou havendo apenas 2 classes de credores votantes, a aprovação de pelo menos uma delas (inc. II); e (iii) na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 dos credores, computados na forma dos §§ 1.º e 2.º do art. 45 (inc. III). Além disso, o plano somente poderá ser aprovado pelo juiz se não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado (art. 58, § 2.º).

Assim, a Lei prevê duas formas alternativas de aprovação do plano de credores: (i) deliberação favorável da assembléia geral de credores, nos termos do art. 45; e (ii) aprovação pelo juiz, desde que (1) o plano tenha obtido determinado número de votos

controlar a administração do patrimônio insolvável do que o representante do Poder Público” (COMPARATO, Fábio K. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*, p. 118). Ainda a respeito, v. TOLEDO, Paulo C. Salles de. *A empresa em crise no direito francês e americano*.

²⁴⁵ O Chapter 11 do *Bankruptcy Code*, de 1978, baseia-se num sistema de negociação entre devedor e credores fortemente regulado pela lei, outorgando, por outro lado, prerrogativas ao juiz para superar a vontade dos credores (*cram down*), desde que presentes determinados requisitos, com o objetivo de evitar a prevalência de posições individualista sobre o interesse da sociedade na preservação da empresa. Para ilustrar a crescente influência do modelo norte-americano sobre a lei falimentar dos demais países, basta examinar o conjunto de princípios e regras havidas como desejáveis pelo Banco Mundial, relacionadas em Principles and guidelines for effective insolvency and creditor rights system. *World Bank Legal Review – Law and Justice for Development*. New York: Kluwer Law International, v. 1, abril 2003. É interessante notar que mesmo HART, defensor de um modelo alternativo de reorganização da empresa, baseado em solução de mercado (cf. HART, O. *et al.* A new bankruptcy that uses multiple auctions, p. 461-473), reconhece que entre a adoção do novo modelo por ele proposto e de um sistema análogo ao Chapter 11, deve-se preferir este último, em se tratando de países que pretendam iniciar um processo de reforma das respectivas leis falimentares: “However it’s far from clear that a country embarking on bankruptcy reform should choose Chapter 11, rather than trying something new” (HART, O. *Different approaches to bankruptcy*, p. 9).

²⁴⁶ HART, O. *Different approaches to bankruptcy*, p. 7.

na assembléia de credores e (2) não estabeleça tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

Ocorre que a segunda alternativa de aprovação do plano – decisão favorável do juiz, superando-se o veto manifestado por uma classe de credores –, tal como regulada no § 1.º do art. 58, não depende de fatores relacionados com a efetiva possibilidade de recuperação da empresa, mas, tanto quanto o art. 45, baseia-se na obtenção de determinado número de votos favoráveis na assembléia de credores. Assim, como se verá mais adiante, o *cram down*²⁴⁷ da lei brasileira, ao contrário do que se verifica na disciplina adotada por outros países acerca do mesmo instituto, mantém fundamentalmente o poder de decisão com a assembléia geral de credores, quase que estabelecendo um *quorum* alternativo de aprovação do plano em relação ao previsto no art. 45; não se abre nenhuma margem para a apreciação pelo juiz da situação econômico-financeira concreta do devedor e do eventual abuso verificado no voto de rejeição do plano manifestado por uma determinada classe.

Em outras palavras, o art. 58, § 1.º, acaba por criar um *quorum* alternativo para a aprovação do plano pela assembléia geral, além daquele previsto no art. 45. Alguns poderiam apontar, como diferença entre os dispositivos, o fato de que o juiz, no caso do art. 45, estaria obrigado a conceder a recuperação, ao passo que na hipótese regulada pelo § 1.º do art. 58 teria a *discricionariedade*²⁴⁸ de fazê-lo, desde que outros elementos formassem sua convicção no sentido da viabilidade da consecução dos objetivos da recuperação definidos no art. 47. Essa interpretação poderia fundar-se na expressão *poderá*, que é empregada pelo § 1.º do art. 58. Contudo, ante a falta de outros critérios definidos pela Lei para que o juiz possa aprovar ou rejeitar o plano, essa não parece constituir a melhor interpretação do § 1.º do art. 58. A interpretação sistemática da Lei leva a concluir que, estando presentes os requisitos previstos nos incisos I a III do § 1.º e no § 2.º do art. 58, o juiz não poderá deixar de conceder a recuperação, superando, portanto, o veto apresentado por uma classe de credores.²⁴⁹

Vale, nesse passo, um breve estudo do direito comparado a respeito dos critérios estabelecidos para que o juiz possa superar o veto ao plano imposto por uma classe de credores (*cram down*).

Os critérios estabelecidos para o *cram down* da lei brasileira diferem dos escolhidos pela lei norte-americana, fonte primeira do instituto. A lei norte-americana (Section 1129(b), BC) prevê a possibilidade de o juiz superar o veto imposto por classes de credores afetadas pelo plano, desde que este não implique *unfair discrimination* e que seja *fair and equitable*.

O primeiro requisito – *unfair discrimination* – constitui um conceito aberto, dirigindo-se às relações horizontais, isto é, entre credores sujeitos a condições semelhantes. Na

²⁴⁷ Sobre a expressão *cram down*, cf. MALOY, Richard. *A primer on cramdown – how and why it works*. p. 1-57.

²⁴⁸ GRAU, EROS R. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, p. 33-52, 200-203, 224-230.

²⁴⁹ A ausência de avaliação econômica e financeira da empresa como elemento indispensável à formação convicção jurisdicional é altamente criticável, pois tal avaliação é pressuposto necessário do *cram down*, como reconhece a doutrina norte americana: “A ‘*cram down*’ typically requires a valuation of the firm – to see how much value there is in the firm to distribute” (ROE, M. *Corporate reorganization and bankruptcy*, p. 12).

lei norte-americana, o devedor não pode separar em classes distintas e, em consequência, oferecer tratamento diferente a credores em situação equivalente. Vale dizer, o plano de recuperação não pode implicar tratamento diferenciado entre credores sujeitos às mesmas condições (mesma classe, na lei brasileira),²⁵⁰ norma, portanto, análoga à prevista no § 2.º do art. 58 da lei brasileira.

Já o requisito de que o plano seja *fair and equitable* dirige-se às relações verticais, ou seja, entre as diversas classe de credores.²⁵¹ O significado desse princípio é minudentemente concretizado por meio de regras previstas no § 1129(b)(2) do BC, que variam segundo as seguintes classes de credores afetadas pelo plano: (i) *secured creditors*; (ii) *unsecured creditors*; e (iii) *interests*. Não é objetivo do presente trabalho o exame mais aprofundado dessas disposições, mas vale mencionar, a título ilustrativo, uma das condições para que o plano seja considerado *fair and equitable* em relação a uma classe de credores não-privilegiados (*unsecured creditors*): não prever o pagamento de nenhum valor a uma classe de credores com prioridade inferior na classificação dos créditos, salvo se a classe prioritária receber o pagamento integral de seus créditos (§ 1129(b)(2)(B)(ii), BC). Trata-se da aplicação do princípio da *absolute priority rule* para os créditos não-privilegiados, assim explicada pela Suprema Corte norte-americana: “*a dissenting class of unsecured creditors must be provided for in full before any junior claim can receive or retain any property under a reorganization plan*”.²⁵² Assim, por exemplo, se o plano de recuperação rejeitado por uma determinada classe de credores previu pagamentos para uma classe de credores com prioridade inferior, a despeito do não-pagamento integral dos valores devidos à primeira, o juiz não poderá superar o veto manifestado por esta ao plano, vez que este não será considerado *fair and equitable*.

Também a lei da Alemanha prevê a possibilidade de o juiz superar a rejeição ao plano manifestada por uma classe de credores. Os requisitos para que isso seja possível são três (§245, *Insolvenzordnung – InsO*): (i) os credores de cada grupo não fiquem em situação econômica pior à que tinham sem o plano; (ii) os credores de cada grupo recebam uma quantia econômica razoável, de acordo com as condições gerais previstas no plano; e (iii) a maioria dos grupos votantes tenha votado com as maiorias necessárias à sua aprovação. Considera-se preenchido o requisito referido no item (ii), supra, quando: (i) nenhum outro credor obtenha valores econômicos que excedam ao valor integral de sua prestação; (ii) o credor em posição inferior na classificação dos créditos não receba valor algum; e (iii) não haja discriminação entre os credores integrantes do mesmo grupo.

Depreende-se portanto que, embora adote critérios diferentes, a lei alemã estabelece um regime análogo ao da lei norte-americana, tomando em conta não apenas as relações horizontais (dentro de cada classe), mas também as verticais (entre as diversas classes) na definição dos requisitos para a superação da rejeição ao plano manifestada por uma classe.²⁵³

²⁵⁰ MARKELL, Bruce A. A new perspective on unfair discrimination in Chapter 11.

²⁵¹ Unlike the ‘unfair discrimination’ requirement, which requires protection on a horizontal plane, the ‘fair and equitable’ requirement operates on a vertical plane; ‘it protects each class of creditors against involuntary loss of their priority status vis-a-vis other classes of Norwest Bank Worthington v. Ahlers, 485 US 197, 202 (1988).

²⁵² “*different rank*” (MALOY, Richard. *A primer on cramdown – how and why it works*, p. 13).

²⁵³ Cf. BERGER, Dora. *A insolvência no Brasil e na Alemanha*, p. 181

Essa breve digressão pelo direito comparado – o aprofundamento desse estudo ultrapassaria os objetivos do presente trabalho – é útil para demonstrar que a lei brasileira, em tema de *cram down*, adotou um regime que se afasta das diretrizes geralmente reconhecidas como válidas. Revelando a clara preocupação de limitar o poder do juiz, preferiu adotar critérios vinculados à obtenção de determinado número de votos na assembléia geral (art. 58, § 1.º, incs. I a III), acrescidos apenas da exigência de tratamento uniforme nas relações horizontais da classe que rejeitou o plano. Na prática, portanto, como já afirmado, o art. 58, § 1.º, encerra quase que um *quorum* alternativo para a aprovação do plano em relação ao *quorum* estabelecido no art. 45, com o agravante de que, no sistema daquele dispositivo, não há nenhuma proteção à *absolute priority rule*.

Isso porque o art. 58 não cuida das relações verticais entre os credores ao conferir ao juiz o poder de superar o veto de uma classe, o que pode levar a resultados injustos e inusitados. Pode-se cogitar, por exemplo, de que, observados os requisitos do art. 58, o juiz venha a aprovar um plano de recuperação que preveja pagamento integral à classe dos credores quirografários, mas que não assegure o mesmo tratamento à classe dos credores trabalhistas, ou aos credores com garantia real, que receberiam apenas uma parcela de seus créditos, a despeito dessas classes virem em primeiro lugar em relação à primeira na ordem de classificação (art. 83).

Essa situação é possível de se configurar porque os credores quirografários, em conjunto, podem deter mais da metade do valor total dos créditos presentes na assembléia geral (art. 58, § 1.º, inc. I) e, ainda, porque uma das outras classes prioritárias (v.g., trabalhistas), também por receber pagamento integral, pode ter aprovado o plano (art. 58, § 1.º, inc. II). O único limite a tal situação seria a exigência de que ao menos 1/3 da classe de credores que rejeitou o plano o tenha aprovado (art. 58, § 1.º, inc. III), combinado com a proibição de que haja discriminação entre os credores da mesma classe (art. 58, § 2.º), mas também esse óbice pode ser superado na realidade concreta, de modo a se verificar o resultado antes delineado. Um plano aprovado com essas condições, há de se convir, conflitaria com a *absolute priority rule*, na medida em que dispensaria um tratamento privilegiado a uma classe de credores com menor prioridade na ordem de classificação dos créditos definida pela lei (art. 83).

Por outro lado, o requisito previsto no inciso III do § 1.º do art. 58 pode inviabilizar, por completo, a aprovação de um plano de recuperação, ainda que este não acarrete *unfair discrimination* e seja *fair and equitable* em relação a todas as classes. Isso porque, se uma classe de credores rejeitar o plano com votos representativos de mais de 2/3 do total dos créditos dessa classe, esse veto não poderá ser superado pelo juiz. Com isso, pode uma classe de credores com maior prioridade para o recebimento dos créditos (v.g., com garantia real), dependendo da situação patrimonial do devedor, preferir sua liquidação imediata, já que os ativos seriam suficientes para o pagamento dos respectivos créditos, ainda que essa solução seja prejudicial às demais classes com prioridade inferior e ainda que a aprovação do plano não deixasse a classe com maior prioridade em situação pior. O voto, assim manifestado por essa classe de credores, seria claramente incompatível com a função pública do instituto da recuperação da empresa, mas a lei brasileira não prevê nenhuma válvula de escape, que permita ao juiz a superação desse veto.

A esse respeito, é interessante observar que a doutrina norte-americana reconhece aos administradores do devedor, ou ao *trustee* nomeado pelo juiz, na recuperação judicial, o dever de buscar a consecução dos interesses dos acionistas, *mas também dos*

credores.²⁵⁴ Em vista da dificuldade de estabelecer em que medida os administradores ou o *trustee* podem atuar no sentido de atender a esses interesses, em princípio, conflitantes, sugere-se que devem buscar a maximização do valor da empresa, sem preocupar-se sobre a forma como esse valor será dividido posteriormente entre os credores e os sócios.²⁵⁵ Nesse sentido, analogamente ao que dispõe o art. 115 da Lei de Sociedades Anônimas, poder-se-ia cogitar de atribuir à classe de credores o dever de votar, no processo de recuperação, segundo o interesse dos acionistas, dos demais credores e da coletividade em geral, configurando-se abuso no exercício desse direito sempre que o credor privilegiasse posições excessivamente individualistas, em detrimento dos demais interesses em jogo. É o que ocorreria no caso da rejeição do plano, ainda que este não submetesse o credor a situação pior do que a que ficaria com a sua aprovação e que sua implementação fosse favorável a todas as demais classes de credores e aos acionistas.

No sistema da recuperação, em vez de construir-se a disciplina da matéria a partir do instituto do *voto abusivo*, desenvolveu-se o instituto do *cram down*, concebido justamente para permitir que o juiz possa interferir, superando o veto ao plano imposto por uma classe de credores, sempre que tal rejeição contrarie o interesse público na recuperação da empresa; em outras palavras, sempre que esse veto expresse uma posição individualista, incompatível com a proteção dos demais interesses em jogo. Os critérios definidos pela lei em relação ao *cram down* refletem exatamente essa preocupação e devem ser considerados melhores ou piores em função de quão alinhados se posicionam com relação à função pública da recuperação judicial. No caso da lei brasileira, como se viu, no entanto, os critérios foram pobremente definidos, permitindo, de um lado, excessivas violações ao princípio da *absolute priority* e, por outro, podendo levar à prevalência de posições puramente egoísticas assumidas por uma determinada classe, em detrimento do interesse da sociedade.

Com efeito, o art. 45, ao exigir para a aprovação do plano o consentimento unânime das classes de credores, cada qual dispondo do seu respectivo poder de barganha, que está intimamente ligado à prioridade de seu crédito, acaba por evitar excessivos desvios da *absolute priority rule*, cujos efeitos *ex ante* poderiam ser negativos para o sistema.²⁵⁶ O art. 58, no entanto, admite a aprovação do plano pelo juiz, superando-se a rejeição manifestada por uma classe, sem estabelecer nenhum critério que possa evitar a violação desse princípio. De outra parte, e talvez ainda mais grave, a lei brasileira não se preocupou em oferecer ao juiz a possibilidade de superar o veto imposto por uma classe se os votos nesse sentido representarem mais de 2/3 do total de créditos da classe, ainda que essa posição reflita um comportamento de índole puramente individualista, contrário à função pública da recuperação.

Por essas razões, seria recomendável a revisão dos critérios estabelecidos no art. 58 da lei no que respeita ao *cram down*, estabelecendo-se outros que sejam mais adequados

²⁵⁴ “We conclude that the better view is that management ‘owes’ fiduciary duties to both the creditors and the shareholders of an insolvent company, until their claims of interests are extinguished as part of the reorganization case” (LOPUCKI, Lyinn M., WHITTFORD, William C. *Corporate governance in the bankruptcy reorganization of large, publicly held companies*, p. 709).

²⁵⁵ LOPUCKI, Lyinn M., WHITTFORD, William C. *Corporate governance in the bankruptcy reorganization of large, publicly held companies*, p. 780 e 781 e 798 e 799.

²⁵⁶ BEBCHUK, Lucian A. *Ex ante costs of violating absolute priority in bankruptcy*, p. 445-460.

à consecução da função pública da Lei de Recuperação. Tais critérios devem ampliar, ainda que sob limites bem definidos, o poder de interferência do juiz em relação à matéria, de sorte a evitar que o veto manifestado por uma classe de credores possa levar a um resultado incompatível com o interesse da sociedade na recuperação da empresa.

Art. 59. O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50 desta Lei.

§ 1º A decisão judicial que conceder a recuperação judicial 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.

§ 2º Contra a decisão que conceder a recuperação judicial caberá agravo, que poderá ser interposto por qualquer credor e pelo Ministério Público.

EDUARDO SECCHI MUNHOZ

O plano de recuperação obriga o devedor e todos os credores, inclusive, aqueles ausentes na assembléia geral, ou vencidos pelo voto da maioria. O plano, aprovado pela maioria, afeta as relações jurídicas havidas entre o devedor e os diversos credores, podendo modificar as condições inicialmente contratadas (v.g., dilação do prazo para pagamento) ou mesmo alterar a própria natureza dessas relações (v.g., transformação dos créditos em participação societária no devedor).

Por essa razão, prescreve o art. 59 que o plano de recuperação implica a *novação* dos créditos anteriores ao pedido. Segundo o art. 360, inc. I, do CC, dá-se a novação quando o devedor contrai com o credor nova dívida para extinguir e substituir a anterior; vale dizer, por força da novação, extingue-se a relação jurídica anterior, que é substituída por uma nova em todos os seus efeitos.²⁵⁷

A parte final do *caput* do dispositivo estabelece que a novação decorrente da aprovação do plano de recuperação ocorre “*sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1.º do art. 50*”. Uma interpretação possível seria a de que a lei pretendeu ressaltar dos efeitos da novação todas as garantias, permanecendo obrigados perante os credores, por exemplo, os fiadores ou quaisquer terceiros que tenham oferecido bens de sua propriedade em garantia da dívida. Essa, porém, não parece constituir a interpretação adequada da norma, por conflitar com a disciplina da novação, tal como regulada no Código Civil.

Em regra, segundo a lei civil, a novação extingue os acessórios e garantias da dívida novada, admitindo-se que as partes estipulem em contrário, conforme se depreende do art. 364. A novação, porém, acarreta necessariamente: (i) a extinção do penhor, da hipoteca ou da anticrese, se os bens dados em garantia pertencerem a terceiro que não foi parte na novação (art. 364, parte final); (ii) a exoneração do fiador, se a novação ope-

²⁵⁷ “Se alguém nova a dívida é porque extinguiu, com isso, a dívida que existia. Se não houvesse operado novação estaria o devedor duplamente vinculado, – pela primeira e pela outra dívida. Daí o sentido estrito e preciso de novar, que não é o de assumir outra dívida, a que se chamaria de nova, e sim a de assumir uma em lugar da outra, que se extingue” (MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado, t. XXV, p. 69).

rou-se sem o seu consento com o devedor principal (art. 366); e (iii) a exoneração dos devedores solidários (art. 367).²⁵⁸ Assim, a interpretação sistemática do art. 59 e dos arts. 364, 366, 367 e 844 do CC leva à conclusão de que a expressão “*sem prejuízo das garantias*” refere-se às garantias e acessórios da dívida em geral, ressalvados: (i) a fiança; (ii) o penhor, a hipoteca ou a anticrese sobre bens pertencentes a terceiros; e (iii) a obrigação solidária de outros devedores (arts. 364, 365, 366 e 844 do CC).

A respeito dessa questão, há de ser considerado o § 1.º do art. 49, segundo o qual “*os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra coobrigados, fiadores e obrigados de regresso*”. A norma é genérica e trata igualmente posições jurídicas desiguais – v.g., coobrigados e obrigados de regresso. Parece lícito concluir que tal dispositivo afasta os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso dos efeitos do *processo* de recuperação judicial (v.g., suspensão das ações e execuções contra o devedor por 180 dias), mas não se destina a regular os efeitos da *novação*, previstos no art. 59, que decorre da aprovação do plano. Quanto à *novação* e seus efeitos, é de concluir que se aplicam o art. 59 da lei falimentar e os arts. 364 e ss. e 844 do CC, nos termos antes expostos.

A referência feita ao § 1.º do art. 50 revela a preocupação da Lei em reforçar a norma constante de tal dispositivo legal, qual seja, a de que a supressão ou substituição da garantia real somente pode ocorrer com a concordância expressa do credor titular da respectiva garantia. Trata-se de uma exceção ao princípio majoritário na aprovação do plano de recuperação; se este acarretar a supressão ou substituição de garantia real, deverá contar com a concordância expressa do titular da respectiva garantia, cuja vontade não poderá ser superada pela da maioria. O art. 59, ao referir-se a tal dispositivo, completa a proteção do credor com garantia real, ao estabelecer que a eventual *novação* do seu crédito (v.g., dilação do prazo para pagamento) não implicará a extinção da garantia real sobre ele incidente, salvo com sua expressa concordância, solução que é compatível com o disposto no art. 364 do CC, que deixa à autonomia da vontade das partes a definição da manutenção ou não dessa espécie de garantia. A *novação* operada pelo plano de recuperação, contudo, fica sujeita a uma condição resolutiva:²⁵⁹ o cumprimento do plano pelo devedor nos primeiros 2 anos contados da concessão da recuperação. É que, nos termos do art. 61, § 2.º, o descumprimento do plano pelo devedor nesse período acarreta a decretação da falência, tendo os credores “*reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados no âmbito da recuperação judicial*”.

A decretação da falência nesse período, portanto, implica a resolução da *novação* anteriormente operada, voltando as partes ao *status quo ante*. Essa solução, porém, se interpretada de forma ampla e genérica, sem os necessários temperamentos, pode levar a situações inusitadas e ao comprometimento de direitos de terceiros. Isso porque os meios de recuperação admitidos são de diversas naturezas, podendo envolver atos de alienação, operações de reorganização societária (v.g., cisão, fusão), formação de novas sociedades, enfim, negócios jurídicos que necessariamente produzem efeitos perante terceiros (v.g., Fisco, fornecedores, consumidores, trabalhadores).

²⁵⁸ Cf. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, p. 112-113.

²⁵⁹ Cf. Idem, *ibidem*.

O necessário temperamento à regra da resolução da novação pode ser encontrado na parte final do § 2.º do art. 61, segundo a qual se preservam os atos validamente praticados em cumprimento do plano de recuperação. A título ilustrativo, se o meio de recuperação aprovado for a conversão dos créditos em participações societárias (*constituição de sociedade de credores* – art. 50, inc. X), ainda que o devedor deixe de cumprir outras condições previstas no plano no período inicial de até 2 anos, as partes não poderão ser restituídas ao estado anterior, mantendo-se a sociedade validamente constituída e as respectivas participações societárias dos antigos credores; trata-se, afinal, de atos validamente praticados no âmbito da recuperação.

Conclui-se assim que, a depender do meio de recuperação aprovado no plano, a novação produzirá efeitos definitivos, não sendo resolvida ainda que o devedor venha a descumprir as obrigações assumidas no prazo de até 2 anos da concessão da recuperação. Isso porque, repita-se, a resolução da novação não pode prejudicar os atos validamente praticados no âmbito da recuperação. Essa idéia é coerente com o entendimento de que a resolução da novação não gera a ressurreição do vínculo primitivo (*prior obligatio*), mas gera uma segunda *nova obligatio*, irradiada da resolução do negócio jurídico novativo.²⁶⁰

Segundo o § 1.º do dispositivo, o plano de recuperação constitui título executivo judicial, nos termos do art. 584, inc. III, do CPC, que define como tal “*a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que verse matéria não posta em juízo*”. Verifica-se, portanto, que a lei equipara a decisão que concede a recuperação a uma sentença homologatória de transação.

Na realidade, porém, o processo de negociação entre devedor e credores na recuperação judicial, que pode levar à aprovação do plano pela assembleia geral, é muito distinto de uma negociação de direito privado, sendo fortemente regulado pela lei, como se afirmou anteriormente. Prova disso é que o plano aprovado pela maioria vincula a minoria de credores, numa solução incompatível com o regime de uma negociação de direito privado. Além disso, a negociação entre devedor e credores no processo de recuperação é conduzida e presidida pela autoridade judicial, que pode interferir no seu desenvolvimento, inclusive para superar o veto imposto por determinada classe de credores à aprovação do plano (art. 58, § 1.º). Esses fatores levam a concluir que a sentença concessiva da recuperação tem natureza muito distinta das sentenças homologatórias de transação, *ainda que versem sobre matéria não posta em juízo*, de que trata o inciso III do art. 584 do CPC. Melhor seria que o dispositivo da lei falimentar definisse a sentença que concede a recuperação como título executivo judicial, mas não a equiparando à sentença homologatória de transação de que cuida o inciso III do art. 584 do CPC.

A importância dessa definição decorre do fato de que a sentença homologatória de transação, embora constitua título executivo judicial, pode ser impugnada por meio da ação de anulação de ato jurídico prevista no art. 486 do CPC, independentemente da veiculação de ação rescisória. A jurisprudência orienta-se no sentido de que a ação anulatória é cabível para veicular os eventuais vícios da transação, inclusive vícios de vontade, haja vista que a sentença homologatória não aprecia o *mérito* do negócio jurídico celebrado entre as par-

²⁶⁰ Cf. MIRANDA, Pontes de: “Não se trata do ressurgimento de dívida extinta, mas de nova *obligatio* em dois tempos, a *obligatio* que existe até a resolução e a *obligatio* que se implanta com essa, irradiada do negócio jurídico novativo. Não há identidade entre a *prior obligatio* e essa nova *obligatio*, ainda após a resolução” (*Tratado de direito privado*, p. 113).

tes.²⁶¹ Vale dizer que, embora o devedor, em sede de embargos do devedor, fique restrito às defesas taxativamente relacionadas no art. 741 do CPC, por meio de ação anulatória, cabível contra os atos jurídicos em geral, pode atacar o mérito do negócio jurídico resultante da transação, ainda que esta tenha sido homologada judicialmente.

Tal situação, porém, parece incompatível com a decisão concessiva da recuperação. O plano de recuperação deve ser aprovado pela assembleia de credores, ou pelo juiz na hipótese do art. 58, § 1.º, devendo a autoridade judicial, em todos os casos, para conceder a recuperação, verificar a presença de todos os demais requisitos da lei. Nesse contexto de uma negociação fortemente regulada e presidida, em todos os seus aspectos, pelo Poder Judiciário, não é de se admitir que o devedor possa atacar o mérito dos negócios jurídicos previstos no plano de recuperação por meio de ação de nulidade. A admissão dessa possibilidade implicaria grande incerteza e insegurança quanto aos destinos da recuperação. Seria, de fato, um contra-senso imaginar que um determinado credor, cuja dissidência em relação ao plano de recuperação tenha sido superada, pudesse por meio de uma ação anulatória impugnar o negócio jurídico novativo, que substituiu e extinguiu a relação jurídica anteriormente havida entre ele e o devedor.

Como a “transação” entre devedor e credores no processo de recuperação observa condições muito particulares, sendo fortemente regulada pela lei e sujeita à interferência da autoridade judicial, é de se concluir que a decisão concessiva da recuperação abrange o mérito do negócio jurídico novativo, somente podendo ser atacada por meio do recurso próprio, previsto na lei de recuperação – o agravo –, ou por meio de ação rescisória (art. 485, inc. VIII, do CPC). A concessão da recuperação pelo juiz, como já se viu, está muito longe de equipar-se a uma decisão meramente homologatória da *vontade* das partes.²⁶² Assim, em sede de embargos opostos a ação executiva movida pelo credor em virtude do descumprimento do plano de recuperação após o encerramento deste processo por sentença (art. 62), ao devedor caberão apenas as defesas do art. 741 do CPC; o mesmo se diga em relação à contestação do devedor a pedido de falência formulado pelo credor em virtude do descumprimento do plano de recuperação (arts. 62 e 94).

O § 2.º do art. 59 estabelece que o recurso cabível contra a decisão concessiva da recuperação é o agravo, podendo ser interposto por qualquer credor ou pelo Ministério Público. Segundo a lei processual civil, o agravo é o recurso cabível contra as decisões interlocutórias (art. 522 do CPC); essa é, de fato, a natureza da decisão concessiva da recuperação judicial, de acordo com o regime adotado na lei, já que o encerramento do

²⁶¹ “Quando a sentença não aprecia o mérito do negócio jurídico de direito material, é simplesmente homologatória, não ensejando a ação rescisória. A ação para desconstituir-se a transação homologada é a comum, de nulidade ou anulatória” (RT 605/211); O Supremo Tribunal Federal, em vetusto, mas atual, acórdão decidiu que cabe a ação de nulidade se o autor não se insurge contra a sentença, mas “(...) contra o que foi objeto de manifestação da vontade das partes, a própria transação, alegando vício de coação” (STF, RE 100.466-5-SP, rel. Min. Djaci Falcão, DJU 28.02.1986).

²⁶² Adotando orientação análoga, cf. o seguinte acórdão do STJ: “Tratando-se de sentença meramente homologatória da vontade das partes, que extingue a lide por disposição daqueles direitos no processo controvertidos, cabível é a ação anulatória do art. 486 do CPC, pois a parte se insurge contra o próprio ato de disposição, alegando vícios que invalidam os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil. A ação rescisória do art. 485, VIII, do CPC é admissível contra sentença proferida em jurisdição contenciosa em que a transação, o reconhecimento do pedido, a renúncia ou confissão servem como fundamento do ‘*decisum*’, influenciando no conteúdo do comando judicial” (STJ, RESP 13.102-SP, rel. Min. Athos Gusmão Carneiro, DJU 08.03.1993).

processo de recuperação, por sentença, dá-se apenas com o cumprimento das obrigações previstas no plano pelo devedor, no prazo de até 2 anos da referida decisão (art. 63). Embora a lei não o diga, evidentemente, também a decisão que negar a recuperação judicial pode ser atacada por meio de recurso de agravo.

A legitimidade para recorrer é outorgada a qualquer credor e ao Ministério Público, que poderá veicular no recurso os vícios que eventualmente macularem a concessão da recuperação, seja de ordem formal – não-observância do procedimento previsto na lei (v.g., irregular convocação da assembléia geral de credores) –, seja de ordem material – violação dos requisitos legais para a recuperação (v.g., redução dos direitos dos credores ausentes na assembléia geral em virtude de modificações introduzidas no plano).

Tendo a lei falimentar feito referência a um recurso regulado pela lei processual civil, é de se entender que as normas desta se fazem inteiramente aplicáveis. Como exemplo, pode-se citar o art. 527, III, do CPC, que permite ao relator do recurso a atribuição de efeito suspensivo (v.g., a suspensão da eficácia da concessão da recuperação, no caso do seu deferimento pelo juiz) ou o deferimento de antecipação, total ou parcial, da pretensão recursal (v.g., a concessão da recuperação, no caso de seu indeferimento pelo juiz).

A extensão da legitimidade recursal ao Ministério Público decorre do reconhecimento, pela Lei, do fato de que a recuperação judicial não envolve apenas interesses privados, mas também o interesse público, como se depreende, dentre outros dispositivos, do art. 47 da Lei, que está em consonância com o art. 170 da CF. Assim, verificando vícios formais ou materiais na concessão da recuperação, deverá o representante do Ministério Público interpor o recurso de agravo contra a decisão correspondente.

Art. 60. Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado o disposto no art. 142 desta Lei.

Parágrafo único. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 1º do art. 141 desta Lei.

EDUARDO SECCHI MUNHOZ

Uma das inovações mais importantes da Lei atual é a de desonerar de todos e quaisquer ônus e obrigações a alienação de filiais ou unidades produtivas do devedor no processo de falência ou de recuperação. A sucessão das obrigações trabalhistas e, sobretudo, das tributárias, no sistema anterior, inviabilizava a manutenção da unidade produtiva (da empresa) viável nas mãos de terceiro, em detrimento do interesse dos trabalhadores e credores (inclusive o próprio fisco) do devedor anterior.²⁶³

A orientação adotada no regime anterior revelava que o legislador não distinguia *empresa* de *empresário*, punindo-se a primeira pelas obrigações inadimplidas pelo segundo. O modelo adotado conduzia a um jogo em que todos perdiam; em vista da sucessão tributária e trabalhista, a unidade produtiva não era alienada, comprometendo-se a manutenção dos empregos e o pagamento de novos tributos; o próprio pagamento das

²⁶³ A título ilustrativo: STJ, REsp. 330.683-SC, rel. Min. Paulo Medina, DJU 08.04.2002.

obrigações inadimplidas pelo empresário anterior também era impossibilitado, já que não se levantavam os recursos que agora poderão ser auferidos com a alienação.

O fim da sucessão das obrigações do devedor nas alienações realizadas no âmbito de processo de recuperação ou de falência permite a transferência da *empresa* para um novo *empresário*, obtendo-se dessa forma recursos que podem ser utilizados para o pagamento das obrigações do devedor, inclusive as trabalhistas e tributárias. Ademais, a transferência do complexo de bens para terceiro com capacidade de continuar o exercício da empresa assegura a manutenção de empregos, o pagamento de tributos e a geração de riqueza para todos os participantes dessa atividade. Sob todos os aspectos, portanto, a eliminação da sucessão dos ônus e obrigações na alienação de unidades produtivas isoladas do devedor deve ser havida como positiva. Trata-se do tardio reconhecimento pela lei brasileira da distinção entre *empresa* e *empresário*; os ônus e obrigações assumidos por este ao longo do exercício da atividade empresarial devem permanecer sob a sua responsabilidade, não sendo de se admitir que a sucessão destes comprometa a continuidade da empresa sob o comando de terceiro. Para evitar fraudes, porém, a alienação deve estar prevista no plano de recuperação e ser realizada nos termos dos arts. 141 e 142. Assim, a ausência de sucessão e a exoneração dos ônus deixam de ser aplicadas quando o arrematante for: (i) sócio do devedor ou sociedade por ele controlada; (ii) parente, em linha reta ou colateral até o 4.º grau, consanguíneo ou afim, do devedor ou de sócio do devedor; (iii) identificado como agente do devedor com o objetivo de fraudar a lei (art. 141, § 1.º). Ademais, a alienação deverá ser realizada judicialmente, adotando-se uma das seguintes modalidades: (i) leilão, por lances orais; (ii) propostas fechadas; e (iii) pregão (art. 142).

Se a ausência de sucessão por obrigações de natureza trabalhista e tributária constitui um dos principais avanços visados pelo legislador, é fato que a redação do parágrafo único do art. 60 tem suscitado polêmica e dificuldade de interpretação, o que compromete a consecução de tão importante objetivo.

A primeira dificuldade diz respeito às expressões “*filiais ou unidades produtivas isoladas*”, empregadas pelo *caput* do art. 60. Nesse passo, o legislador não adotou a melhor técnica, na medida em que as referidas expressões não possuem um significado jurídico próprio; melhor seria o emprego da expressão *estabelecimento*, cujo conceito foi amplamente desenvolvido pela doutrina,²⁶⁴ encontrando-se positivado no art. 1.142 do CC.

Na disciplina do Código Civil, o estabelecimento empresarial constitui uma universalidade de fato, ou seja, um conjunto de bens, materiais e imateriais, móveis e imóveis, organizados pelo empresário, para o exercício de sua atividade, ou seja, para a produção ou circulação de bens e serviços com intuito lucrativo (art. 966 do CC). O estabelecimento empresarial, portanto, constitui um objeto unitário de direitos, qualitativamente distinto da soma dos bens que o integram. Trata-se de um complexo de bens interdependentes e interligados sob o ponto de vista funcional – voltam-se para a exploração da atividade empresarial – que, como tal, é passível de ser objeto autônomo de negócios jurídicos. Por isso, a alienação de um dos elementos integrantes do estabelecimento – uma máquina, uma marca etc. – não se confunde com a alienação do estabelecimento, que envolve todo o complexo de bens organizado para o exercício da atividade.²⁶⁵

²⁶⁴ BARRETO FILHO, Oscar. Teoria do estabelecimento comercial.

²⁶⁵ *Ibidem*.

Daí se pode extrair a primeira conclusão quanto ao sentido e ao alcance de filial e unidade produtiva isolada, para o fim de afastar a sucessão tributária na alienação ocorrida em processo de recuperação judicial: o bem objeto da alienação judicial não pode ser singular ou isolado, mas é preciso que se trate de um conjunto (complexo) de bens, organizados de forma a permitir a exploração de uma determinada atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. É preciso que aos bens objeto da alienação esteja ligada uma atividade empresarial que possa continuar a ser desenvolvida, a partir da exploração desses mesmos bens, pelo arrematante. É o exercício de uma determinada atividade empresarial que une os elementos que integram o estabelecimento.²⁶⁶

Diz-se então que, se o plano de recuperação envolver a alienação de *estabelecimentos empresariais isolados* do devedor, o arrematante não sucede nas obrigações deste, nem fica sujeito aos eventuais ônus anteriormente incidentes sobre tal universalidade de fato.

A segunda dificuldade decorre da ausência de menção expressa, pelo parágrafo único do art. 60, às “*obrigações derivadas da legislação do trabalho*”, ao contrário do inciso II do art. 141, que a elas se refere especificamente. A ausência de referência específica faria supor que, na recuperação judicial, ocorreria a sucessão do adquirente nas obrigações do devedor derivadas da legislação do trabalho?

A resposta que se impõe é a da não ocorrência de sucessão, seja qual for o critério de interpretação adotado. A interpretação literal do dispositivo leva à conclusão de que a regra geral é a da não sucessão em relação “às *obrigações do devedor*”, seguindo-se à menção às obrigações tributárias precedida da palavra “*inclusive*” – ou seja, a não-sucessão não está restrita às obrigações tributárias, tendo sido estas mencionadas apenas como um exemplo.

A interpretação sistemática corrobora esse entendimento, na medida em que, na recuperação judicial, os titulares de créditos derivados da legislação do trabalho participam ativamente do processo, votando pela aprovação ou rejeição do plano. Acrescente-se que, em relação a esses credores, incide uma garantia adicional: o plano de recuperação está limitado a uma única alternativa – pagamento no prazo máximo de 1 ano (art. 54). Ora, se o plano deverá assegurar o pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho no prazo máximo de 1 ano, não há por que imaginar que as obrigações correspondentes seriam sucedidas pelo arrematante.

Veja-se que o levantamento de recursos por meio do leilão de bens do devedor pode ser a única forma encontrada para viabilizar o pagamento dos créditos trabalhistas no prazo de 1 ano, como determinado pelo art. 54. Nessa linha, se a finalidade da lei é tutelar os créditos derivados da legislação do trabalho (interpretação teleológica), deve-se observar que a regra da sucessão pode inviabilizar, por completo, a consecução de tal objetivo. A sucessão afastará possíveis interessados na aquisição dos bens, impedindo a arrecadação de recursos que serviriam prioritariamente para pagamento de tais créditos, nos termos do art. 54. De novo, tal qual no sistema anterior, seriam punidos os trabalhadores e a empresa, e não o empresário.

²⁶⁶ BARRETO FILHO, O., op. cit.: “O estabelecimento existe em função da atividade desenvolvida pelo empresário. Assim, o veículo que une entre si os elementos do estabelecimento é essencialmente funcional. (...) Como organismo unitário, objeto especial de tutela jurídica, o estabelecimento só existe enquanto o complexo de bens que o integram é aplicado como instrumento da atividade empresarial” (p. 139-140).

A ausência de menção expressa aos créditos derivados da legislação do trabalho no parágrafo único do art. 60, portanto, não significa que em relação a estes permaneça a sistemática anterior, qual seja, a da sucessão. Nesse campo, a Lei 11.101/2005, que é lei especial, modificou a legislação do trabalho, estabelecendo como regra a não-sucessão do arrematante dos bens do devedor em processo de recuperação judicial. Essa regra, em conjunto com o art. 54, como se viu, não prejudica mas vem justamente proteger o interesse dos trabalhadores.

Cabe analisar, agora, a aplicação do dispositivo em relação às obrigações tributárias. Observe-se preliminarmente que, estando a sucessão das obrigações tributárias prevista no art. 133 do CTN, que tem *status* de lei complementar, juntamente com a Lei de Falência e Recuperação, foi editada a LC 118/2005, que alterou a redação do referido dispositivo para excluir expressamente a sucessão tributária na hipótese de alienação judicial de filial ou unidade produtiva isolada em processo de recuperação judicial ou de falência (art. 133, § 1.º, II).

A LC 118/2005, no caso de alienações judiciais de ativos realizadas no âmbito da falência, determinou que o produto da alienação deve permanecer em conta de depósito à disposição do juízo pelo prazo de 1 ano, contado da data de alienação, somente podendo ser utilizado para o pagamento de créditos extraconcursais ou de outros créditos que preferem ao tributário (art. 133, § 3.º, do CTN). Não há regra semelhante, no entanto, para as alienações realizadas no âmbito do processo de recuperação, podendo os recursos assim levantados ser livremente utilizados para o pagamento dos credores, segundo a forma prevista no plano.

É de se lembrar, por outro lado, que segundo o art. 57 da Lei a regularidade fiscal do devedor é pressuposto da própria concessão da recuperação; vale dizer, quando da aprovação do plano, o devedor deverá estar em situação de absoluta regularidade perante o Fisco. Cabem, também quanto a este ponto, as críticas tecidas nos comentários ao art. 57. Se o devedor não tiver condições de regularizar suas pendências tributárias, não poderá recuperar-se, restando, então, o caminho da falência, ainda que fosse economicamente viável a continuidade de suas atividades; na falência, a ausência de sucessão das obrigações tributárias trará benefícios efetivos, implicando uma significativa modificação do regime anterior. Como se viu nos comentários ao art. 57 esse quadro levou a jurisprudência, já nos momentos iniciais de vigência da lei, a demonstrar uma firme orientação no sentido de conceder a recuperação judicial, ainda que o devedor não disponha das referidas certidões negativas de débitos tributários.

É, nesse contexto, que surge a seguinte polêmica. Se a recuperação judicial foi concedida independentemente da apresentação de certidões negativas de tributos ou de certidões positivas com efeito de negativas, como se poderia aplicar o art. 60 da Lei 11.101/2005 em relação aos créditos tributários? Imagine-se, por exemplo, que sobre um bem objeto da alienação judicial, integrante da unidade produtiva isolada, recaia uma penhora, deferida em processo de execução fiscal: esse ônus, que recai sobre o bem, seria extinto pela alienação judicial, conforme prescreve o art. 60 da Lei, ainda que os recursos arrecadados fossem distribuídos aos credores sujeitos à recuperação judicial, sem qualquer garantia à preferência do crédito tributário?

Essa questão poderia ser posta, com os mesmos efeitos, de forma semelhante, ainda que ausente a penhora em execução fiscal, mas houvesse simplesmente a inscrição do débito tributário em dívida ativa, uma vez que o art. 185 do CTN, com redação determi-

nada pela LC 118/2005, assim dispõe: “Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa”.

A presunção prevista no art. 185 do CTN, evidentemente, é elidida pela norma especial, prevista no parágrafo único do art. 60 da Lei Falimentar, segundo a qual o objeto da alienação judicial, em processo de recuperação judicial, “*estará livre de qualquer ônus*”. Contudo, se não foram observados o art. 57 da Lei 11.101/2005 e o art. 191-A do CTN, que alçam a prova de quitação de tributos como pressuposto da recuperação judicial, não foram observados, ainda assim, o parágrafo único do art. 60 continuaria a prevalecer sobre a presunção prevista no art. 185 do CTN antes mencionado?

Diante desse quadro, poderá o Fisco sustentar, nos diversos processos de execução fiscal, a ineficácia, em relação ao crédito tributário, da alienação procedida no processo de recuperação judicial. Ou seja, se a recuperação judicial é concedida sem considerar a eventual existência de débitos tributários, parece-nos que o Fisco poderá argumentar que a alienação judicial ocorrida não poderá ser considerada eficaz em relação aos créditos tributários já inscritos em dívida ativa, ou objeto de execuções fiscais em curso.

Ressalte-se que não se cuida, na hipótese, de sucessão tributária, mas de ineficácia da alienação judicial ocorrida no processo de recuperação judicial em relação aos créditos tributários descritos no art. 185 do CTN. Essa distinção tem efeitos práticos relevantes, pois, no caso de sucessão, o arrematante torna-se sujeito passivo das obrigações tributárias da empresa em recuperação, podendo o Fisco voltar-se, portanto, contra a integralidade dos bens integrantes do seu patrimônio; ou seja, a responsabilidade não ficaria limitada aos bens objeto da alienação. Já no caso de ineficácia da alienação judicial em relação ao Fisco, não ocorre a transferência da obrigação tributária para o arrematante, que, portanto, não pode ter o restante de seu patrimônio onerado pelos débitos tributários; o Fisco poderá, nas execuções fiscais movidas contra o devedor em recuperação, requerer a penhora dos bens objeto da alienação judicial, alegando sua ineficácia em relação ao crédito tributário (art. 185 do CTN), mas não pretender incluir o arrematante no pólo passivo da cobrança do débito tributário; assim, ainda que os bens objeto da alienação não sejam suficientes para a satisfação dos créditos tributários, o valor remanescente da dívida não poderá ser imputado ao arrematante, não podendo ser onerados quaisquer outros bens integrantes de seu patrimônio.

Essa solução, a todo sentir, não foi a almejada pelo legislador, que pretendeu desonerar os bens alienados judicialmente no processo de recuperação judicial da sucessão tributária. Vive-se hoje, porém, um quadro de insegurança e incerteza em vista do excessivo rigor da regra constante do art. 57 da lei falimentar, cuja aplicação, por isso mesmo, vem sendo afastada pela jurisprudência, e da falta de uma lei tributária que estabeleça um programa específico de equacionamento das dívidas tributárias para empresas em recuperação. É, portanto, fundamental para o êxito da nova lei falimentar, e da recuperação das empresas, a edição de uma lei tributária que ofereça disciplina adequada para a matéria e, sobretudo, que seja consentânea com os meios de recuperação previstos no art. 50 da Lei 11.101/2005.

Antes de finalizar esse tópico, não se poderia deixar de ressaltar, como um fator que aumenta decisivamente os níveis de incerteza e de insegurança quanto à aplicação da regra da não-sucessão, o controle jurisdicional difuso que prevalece em relação à matéria. Com efeito, nas diversas ações individuais em curso perante a Justiça do Trabalho ou perante a

Justiça Estadual e a Justiça Federal (no caso das obrigações tributárias), podem os juízes que presidem os respectivos processos decidir pela ocorrência de sucessão, ainda que contrariamente ao previamente decidido pelo juiz da recuperação judicial, por ocasião da alienação judicial dos bens do devedor. Isso pode gerar decisões judiciais divergentes e, o que é pior, proferidas num período que pode ser longo de tempo. Vale dizer, anos depois da alienação judicial, pode o arrematante ser surpreendido por uma decisão, proferida em processo individual, reconhecendo sua responsabilidade por obrigações do devedor em recuperação.

A questão é complexa e envolve, inclusive, a análise de competência de Justiça especializada, como a do Trabalho, cujas atribuições são definidas pelo texto constitucional. Por isso, não é o caso, neste estudo, de examiná-la com maior profundidade. Importante é ressaltar desde logo, no entanto, que somente será possível conferir as necessárias segurança e certeza quanto à ausência, ou não, de sucessão nas alienações judiciais no âmbito de processos de recuperação, se o controle jurisdicional sobre a matéria for concentrado. E, no caso, não há dúvida de que o mais eficiente seria reconhecer ao juiz da recuperação judicial o poder de decidir a matéria (ocorrência, ou não, de sucessão), devendo tal decisão vincular os juízes que presidirem ações e execuções individuais contra o devedor. Sem certeza e segurança, dificilmente haverá êxito nas alienações judiciais de filiais ou de unidades produtivas do devedor, como forma de recuperar a empresa e estimular a continuidade da atividade produtiva.

Art. 61. Proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial.

§ 1º Durante o período estabelecido no *caput* deste artigo, o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano acarretará a convalidação da recuperação em falência, nos termos do art. 73 desta Lei.

§ 2º Decretada a falência, os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressaltados os atos validamente praticados no âmbito da recuperação judicial.

EDUARDO SECCHI MUNHOZ

A Lei divide o processo de recuperação em duas fases distintas: (i) a de negociação e aprovação do plano; e (ii) a de execução e cumprimento do plano, no prazo de até 2 anos.

Em outros sistemas, há apenas a primeira fase, extinguindo-se o processo de recuperação com a aprovação do plano.²⁶⁷ A lei brasileira, porém, talvez influenciada pelo regime anterior – inclusive no que respeita ao prazo de 2 anos, que era o prazo máximo para o cumprimento da concordata (art. 156, § 1.º e 157 do Dec.-lei 7.661/1945) – preferiu postergar o encerramento do processo de recuperação para o cumprimento das obrigações vincendas até o segundo ano após a sua concessão, período em que a atividade do devedor fica sob a fiscalização direta e estrita do Poder Judiciário e dos credores, por meio da assembléia geral, do comitê de credores e do administrador judicial, que mantêm suas atribuições.

²⁶⁷ Essa é a orientação da lei norte-americana (§ 1141, BC) e da lei alemã (§ 258, *InsO*).

Na realidade, pode-se afirmar que o papel central do comitê de credores é desempenhado justamente nessa segunda fase, quando deverá fiscalizar o cumprimento do plano pelo devedor, apresentar relatórios mensais, denunciar eventuais irregularidades, apurar e emitir pareceres quanto a reclamações dos interessados etc. (art. 27, I e II). O mesmo se diga em relação ao administrador judicial, que poderá fiscalizar as atividades do devedor em recuperação e, até mesmo, requerer a falência deste no caso de descumprimento de obrigação assumida no plano (art. 22, II, *d*).

Além da permanência dos órgãos da recuperação em pleno funcionamento – assembléia geral de credores, comitê de credores e administrador judicial –, a segunda fase do processo de recuperação caracteriza-se pelo maior rigor dispensado ao eventual descumprimento das obrigações assumidas no plano. Se o inadimplemento ocorrer dentro desse período, a consequência será a convalidação da recuperação em falência, independentemente da vontade dos credores – cabe ao juiz, de ofício, decretar a falência do devedor nessa hipótese (art. 73, IV), a exemplo do que ocorria no regime anterior da concordata. Por outro lado, com o encerramento da recuperação por sentença, o descumprimento do plano somente levará à decretação da falência por iniciativa dos credores, sendo-lhes facultado, ainda, em vez de pleitear a falência, buscar a tutela específica de seus direitos (art. 62).

O § 2.º do dispositivo estabelece que o descumprimento do plano de recuperação antes do encerramento do processo leva à reconstituição dos direitos originários dos credores. Com respeito a essa matéria, valem as considerações tecidas quanto ao art. 59: o plano de recuperação implica novação dos créditos anteriores ao pedido, mas sob a condição resolutiva de que a obrigação novada (o plano) seja cumprida nos primeiros 2 anos após o deferimento da recuperação. Não sendo cumpridas as novas obrigações nesse período, resolve-se o negócio jurídico novado, restaurando-se as relações jurídicas iniciais, ressalvados os atos validamente praticados no decorrer do processo e os pagamentos realizados.

Depreende-se, portanto, que a restauração das relações jurídicas inicialmente novadas, a depender do meio de recuperação empregado, pode não ocorrer de forma plena ou integral, ou pode simplesmente não ocorrer. A interpretação da passagem final do § 2.º do art. 61 – preservação dos atos validamente praticados no âmbito da recuperação – leva a concluir que a restauração dos direitos iniciais pode simplesmente deixar de ocorrer se tal situação for incompatível com a preservação desses atos. Em outras palavras, no caso de eventual conflito entre a restituição das partes ao *status quo ante* e a preservação de atos praticados durante o curso da recuperação, prevalecem estes últimos; essa solução é a única compatível com a proteção dos direitos de terceiros, cujas esferas jurídicas podem ser afetadas pelos atos praticados no curso da recuperação. De fato, o plano de recuperação pode basear-se na implementação de negócios jurídicos de natureza irreversível, ou cuja reversibilidade poderia causar danos de difícil reparação às próprias partes e, sobretudo, a terceiros. Nesse caso, prevalece o negócio novado, não se havendo de cogitar da restituição das partes ao estado anterior.

Interpretar o dispositivo no sentido de que seria imperiosa a resolução do negócio jurídico novado, ainda que fossem afetados direitos de terceiros, preservando-se apenas os atos praticados até então (v.g., resolve-se a sociedade formada entre os credores, preservando-se apenas os atos por ela praticados nesse interregno), implicaria a introdução de grande incerteza e insegurança no processo de recuperação, a ponto de colocar-se em risco

a viabilidade de todo o sistema concebido pela lei. No exemplo do plano de recuperação baseado na constituição de uma nova sociedade composta pelos antigos credores, basta imaginar as dificuldades que essa nova sociedade teria para desenvolver suas atividades, se todos os terceiros que com ela se relacionassem (instituições financeiras, fornecedores etc.) tivessem conhecimento de que o eventual descumprimento de uma determinada obrigação constante do plano de recuperação, durante o prazo de até 2 anos, poderia levar à sua dissolução e liquidação, de modo a restaurar os direitos iniciais dos credores contra o devedor. A todo sentir, tal nível de incerteza e de insegurança inviabilizaria por completo o desenvolvimento das atividades empresariais dessa nova sociedade.

Daí defender-se que a única interpretação do § 2.º do art. 62 compatível com os demais princípios previstos na Lei é que os negócios jurídicos validamente praticados no âmbito da recuperação, sobretudo os que afetarem a esfera jurídica de terceiros, devem ser preservados, ainda que isso signifique a impossibilidade de restaurar as relações jurídicas inicialmente havidas entre o devedor e os credores.

Para finalizar esse tópico, cumpre observar que a divisão do processo de recuperação em duas fases, tendo a segunda a duração de até 2 anos, parece decorrer mais de uma influência do sistema anterior do que propriamente de uma razão ponderável em termos de eficiência do modelo adotado. A manutenção da empresa em processo de recuperação por até 2 anos após a aprovação do plano pode ser vista positivamente, por permitir a fiscalização das atividades do devedor pelos credores, pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário durante esse período inicial de execução do plano, bem como por estabelecer uma punição mais rigorosa para o eventual inadimplemento – convação da recuperação em falência. Por outro lado, essa solução acarreta o aumento dos custos do processo e pode dificultar a recuperação do crédito do devedor, que por 2 anos será obrigado a apresentar-se ao mercado com a expressão, ao lado de seu nome, “*em Recuperação Judicial*”.

Ademais, a adoção do prazo fixo de até 2 anos parece excessivamente artificial e desligada das peculiaridades que os casos concretos podem apresentar. Sendo variados os meios de recuperação previstos na Lei (art. 50), ao contrário do que ocorria no regime anterior, é possível que o plano de recuperação seja cumprido em período muito inferior ou muito superior aos 2 anos, previstos no art. 61. Por exemplo, se o meio de recuperação adotado for a transformação dos créditos em participações societárias, o plano de recuperação será executado logo após a sua aprovação, não remanescendo obrigações a serem cumpridas no prazo de 2 anos; de outra parte, pode o plano de recuperação estabelecer ao devedor a obrigação de realizar pagamentos aos credores em período muito superior aos 2 anos, caso em que o processo de recuperação seria encerrado antes do cumprimento integral do plano.

Na primeira hipótese – plano de recuperação ser integralmente cumprido antes dos 2 anos –, nada justificaria a manutenção do devedor em recuperação, pois os aspectos positivos desse regime (fiscalização das atividades do devedor e punição mais rigorosa para o descumprimento do plano) deixariam de ser observados, remanescendo apenas os aspectos negativos (aumento dos custos do processo e abalo do crédito do devedor que continuaria a inspirar a desconfiança do mercado, por se apresentar em regime de “recuperação judicial”). Daí os arts. 61 e 63 estabelecerem que a recuperação será encerrada com o cumprimento das obrigações previstas no plano vincendas *em até 2 anos* da concessão do regime. Vale dizer, se o plano for cumprido antecipadamente, encerra-se o processo de recuperação, ainda que não decorrido o prazo.

O mesmo não se pode dizer, porém, em relação à hipótese de o plano de recuperação envolver obrigações a serem adimplidas em período posterior aos 2 anos. A interpretação sistemática dos arts. 61 e 62 deixa patente que a lei definiu o prazo de 2 anos como um limite máximo para a manutenção do processo de recuperação, justamente para limitar os aspectos negativos do prolongamento desse regime, que foram anteriormente apontados. Assim, expirado o prazo de 2 anos, ainda que remanesçam obrigações do plano a ser cumpridas, encerra-se o processo de recuperação, ficando os credores com a garantia de que a decisão concessiva da recuperação constitui título executivo judicial, permitindo-lhes, em caso de descumprimento do plano, requerer a tutela específica ou a falência do devedor (arts. 62 e 94). Veja-se que se encerra a recuperação, ainda que sejam substanciais as obrigações do devedor a serem cumpridas após os 2 anos, o que demonstra que a lei preferiu adotar um critério temporal absolutamente formal, desligado da realidade de cada plano.

Em suma, infere-se que a lei estabelece uma clara diferença de tratamento para o descumprimento do plano de recuperação em função do momento em que tal inadimplemento ocorre: nos primeiros 2 anos, acarreta a convação da recuperação em falência e a reconstituição dos direitos primitivos dos credores; nos anos seguintes, em vista do encerramento do processo de recuperação, não leva necessariamente à falência, salvo se esta vier a ser pleiteada pelos credores insatisfeitos, nem implica a reconstituição dos direitos originários dos credores.

Art. 62. Após o período previsto no art. 61 desta Lei, no caso de descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano de recuperação judicial, qualquer credor poderá requerer a execução específica ou a falência com base no art. 94 desta Lei.

EDUARDO SECCHI MUNHOZ

O art. 62 cuida das obrigações previstas no plano de recuperação a serem cumpridas depois de expirado o prazo de 2 anos da concessão do regime, previsto no art. 61. Uma vez cumprido o plano de recuperação pelo devedor nos primeiros 2 anos, encerra-se o processo de recuperação por sentença. Com o advento da sentença de encerramento da recuperação, as obrigações vincendas previstas no plano (negócio novado) não mais poderão ser resolvidas, com a conseqüente restauração dos direitos e garantias inicialmente detidos pelos credores. Assim, a estes caberá exigir o cumprimento da obrigação novada, seja pleiteando tutela específica, seja requerendo a falência do devedor, haja vista que tais obrigações estão previstas em título executivo judicial (art. 59, § 1.º).

Nessa medida, conclui-se que, encerrado o processo de recuperação, as obrigações do devedor, ainda que constantes do plano de recuperação, seguem o regime jurídico de todas as suas demais obrigações, bem assim o regime das obrigações análogas de empresários que jamais estiveram envolvidos em um processo de recuperação judicial. A única diferença de tratamento reside no fato de que o devedor a quem tiver sido concedida a recuperação judicial há menos de 5 anos não poderá requerer novamente o regime (art. 48, II). Passados cinco anos da concessão do regime, podem ainda remanescer obrigações previstas no plano de recuperação, mas o devedor (recuperado) não observará nenhuma diferença de tratamento em relação a outros empresários.

Art. 63. Cumpridas as obrigações vencidas no prazo previsto no *caput* do art. 61 desta Lei, o juiz decretará por sentença o encerramento da recuperação judicial e determinará:

I – o pagamento do saldo de honorários ao administrador judicial, somente podendo efetuar a quitação dessas obrigações mediante prestação de contas, no prazo de 30 (trinta) dias, e aprovação do relatório previsto no inciso III do *caput* deste artigo;

II – a apuração do saldo das custas judiciais a serem recolhidas;

III – a apresentação de relatório circunstanciado do administrador judicial, no prazo máximo de 15 (quinze) dias, versando sobre a execução do plano de recuperação pelo devedor;

IV – a dissolução do Comitê de Credores e a exoneração do administrador judicial;

V – a comunicação ao Registro Público de Empresas para as providências cabíveis.

EDUARDO SECCHI MUNHOZ

O art. 63 cuida da sentença de encerramento do processo de recuperação judicial, que marca a volta do devedor à normalidade no exercício de sua atividade empresarial. O requisito para o encerramento da recuperação é o cumprimento pelo devedor das obrigações vincendas em até 2 anos da concessão do regime.

Como afirmado nos comentários ao art. 61, a definição desse prazo de 2 anos demonstra a influência do regime anterior, no qual o prazo máximo da concordata também era de 2 anos. Ocorre que no modelo de recuperação, adotado pela nova Lei, o prazo de 2 anos pode ter pouca relação com a realidade concreta do plano de recuperação aprovado: pode ser muito longo, sendo o plano integralmente cumprido antecipadamente, o que levará ao imediato encerramento do processo, mas também pode ser exíguo, desde que o plano estabeleça obrigações vincendas em prazo superior.

De qualquer forma, a limitação do prazo em 2 anos para encerramento da recuperação é positiva, na medida em que impede o indefinido prolongamento do processo, o que implicaria a assunção de custos relevantes e impediria o devedor de voltar a desenvolver suas atividades em situação de normalidade e, portanto, em condições de igualdade com seus concorrentes no mercado. A rigor, a Lei poderia ter adotado a sistemática de encerrar o processo com a aprovação do plano, como ocorre nas leis norte-americana e alemã. Não tendo sido essa a orientação adotada, melhor do que a ausência de prazo para encerramento do processo é a definição do limite de 2 anos.

Nos incs. I a V do dispositivo, são previstas as providências a serem determinadas pelo juiz na sentença que encerrar o processo. Deve o juiz determinar: (i) o pagamento do saldo de honorários do administrador judicial, devendo este prestar contas de sua administração no prazo de 30 dias (inc. I); (ii) a apuração do saldo de custas judiciais a serem recolhidas (inc. II); (iii) a apresentação de relatório pelo administrador judicial sobre a execução do plano de recuperação pelo devedor (inc. III); (iv) a dissolução do comitê de credores e a exoneração do administrador judicial (inc. IV); e (v) a comunicação ao Registro Público de Empresas sobre a extinção do processo para as providências cabíveis, dentre as quais, a exclusão da expressão “*em Recuperação Judicial*” ao lado do nome do devedor.

A respeito dessas providências algumas breves observações fazem-se pertinentes. Quanto ao pagamento do saldo dos honorários do administrador judicial, por ocasião da sentença, o valor destes já terá sido determinado, nos termos do art. 24. A falta de

pagamento pelo devedor, por outro lado, não levará à decretação da falência, já que a essa altura a recuperação já estará encerrada, devendo o administrador valer-se das vias próprias para a satisfação do seu direito. Com respeito ao relatório do administrador quanto à execução do plano pelo devedor, também não parece fazer maior sentido, na medida em que tal relatório será de pouca valia após a prolação da sentença de encerramento do processo. O relatório seria útil se fosse apresentado antes da sentença, constituindo um importante elemento de informação ao juiz para verificar a presença de um dos requisitos para o encerramento do processo, qual seja, o cumprimento do plano pelo devedor.

Art. 64. Durante o procedimento de recuperação judicial, o devedor ou seus administradores serão mantidos na condução da atividade empresarial, sob fiscalização do Comitê, se houver, e do administrador judicial, salvo se qualquer deles:

I – houver sido condenado em sentença penal transitada em julgado por crime cometido em recuperação judicial ou falência anteriores ou por crime contra o patrimônio, a economia popular ou a ordem econômica previstos na legislação vigente;

II – houver indícios veementes de ter cometido crime previsto nesta Lei;

III – houver agido com dolo, simulação ou fraude contra os interesses de seus credores;

IV – houver praticado qualquer das seguintes condutas:

a) efetuar gastos pessoais manifestamente excessivos em relação a sua situação patrimonial;

b) efetuar despesas injustificáveis por sua natureza ou vulto, em relação ao capital ou gênero do negócio, ao movimento das operações e a outras circunstâncias análogas;

c) descapitalizar injustificadamente a empresa ou realizar operações prejudiciais ao seu funcionamento regular;

d) simular ou omitir créditos ao apresentar a relação de que trata o inciso III do *caput* do art. 51 desta Lei, sem relevante razão de direito ou amparo de decisão judicial;

V – negar-se a prestar informações solicitadas pelo administrador judicial ou pelos demais membros do Comitê;

VI – tiver seu afastamento previsto no plano de recuperação judicial.

Parágrafo único. Verificada qualquer das hipóteses do *caput* deste artigo, o juiz destituirá o administrador, que será substituído na forma prevista nos atos constitutivos do devedor ou do plano de recuperação judicial.

EDUARDO SECCHI MUNHOZ

Antes de examinar o sentido e o alcance do dispositivo, cumpre cuidar da expressão *devedor* nele empregada. Segundo o art. 190, todas as vezes que a lei referir-se a *devedor* ou *falido* compreender-se-á que a disposição também se aplica aos sócios ilimitadamente responsáveis; portanto, a expressão não abrange os sócios das sociedades de responsabilidade limitada (v.g., sociedade anônima – Lei 6.404/1976; e sociedade limitada – art. 1.052 e ss., do CC).

Assim, adotando-se uma interpretação literal, infere-se que o art. 64, ao empregar a expressão *devedor*, aplica-se: (i) no caso do empresário individual, à pessoa natural que exerce o negócio; (ii) no caso das sociedades de responsabilidade ilimitada personificadas, à própria sociedade e aos sócios ilimitadamente responsáveis; (iii) no caso das sociedades de responsabilidade limitada personificadas, à própria sociedade, e não aos seus sócios.

Ocorre que a referência a *devedor* no caso das sociedades personificadas de responsabilidade limitada pode levar a soluções inadequadas. Em relação a essas sociedades, melhor seria que, em vez de ao *devedor*, a lei se dirigisse ao *sócio controlador* (o verdadeiro empresário a conduzir atividade, como afirma Comparato²⁶⁸). Ao referir-se a *devedor*, em vez de a *sócio controlador*, o art. 64 está a determinar o afastamento da própria sociedade empresária do exercício de suas atividades, em prejuízo dos seus sócios não-controladores, que podem não ter – como na maioria dos casos não terão – nenhuma relação com os atos irregulares que levaram à decisão de afastamento.

Assim, o *gestor judicial*, a ser nomeado em substituição ao *devedor*, passaria a gerir os negócios empresariais *de fora da estrutura societária*, afastando indevidamente os sócios não-controladores, que têm legítimo interesse no processo de recuperação da empresa. Daí porque seria recomendável que o art. 64, e também o art. 65, como se verá, no caso das sociedades empresárias personificadas de responsabilidade limitada (v.g., sociedades anônimas e sociedades limitadas), determinasse o afastamento não do *devedor*, mas do *sócio controlador*, assumindo o *gestor judicial*, então, as funções deste, de modo a conduzir os negócios a partir da estrutura societária já existente, sem se afastarem indevidamente os sócios não-controladores.

O dispositivo revela a confusão ainda muito presente na lei, na doutrina e na jurisprudência pátrias entre as figuras dos *sócios*, da *sociedade* e dos seus *administradores*, ou ainda entre o *empresário* e a *empresa*;²⁶⁹ isso talvez se explique pela alta concentração do poder empresarial no Brasil,²⁷⁰ que dificulta entrever as fronteiras entre as figuras do sócio controlador, da sociedade e de seus administradores, ou entre a sociedade e a empresa, todos submetidos ao poder de comando quase que absoluto do primeiro. A má compreensão da lei em relação ao fenômeno societário, evidenciada neste dispositivo, reflete-se, como se verá, na própria definição das hipóteses que permitem o afastamento do *devedor* ou dos seus administradores. Muitas das condutas previstas na lei jamais poderiam ser praticadas pelo *devedor-sociedade empresária*, somente podendo vir a sê-lo por seu sócio controlador ou por seus administradores (v.g., os crimes previstos no inciso I).

Pelas razões antes expostas, defende-se que, em se tratando de sociedade personificada de responsabilidade limitada, a melhor interpretação dos arts. 64 e 65 é que, em vez de *devedor*, deve-se ler *sócio controlador*. Assim, nos comentários que se seguem a respeito desses dispositivos, sempre que se fizer referência a *devedor*, salvo melhor juízo, e para evitar lesão a direitos de sócios minoritários, deve-se entender *sócio controlador*, na hipótese de tratar-se de sociedade personificada de responsabilidade limitada.

²⁶⁸ “Se faz algum sentido manter a categoria jurídica do empresário (o antigo comerciante) no campo das sociedades mercantis, não hesitamos em asseverar que o controlador é o empresário” (COMPARATO, Fábio K. *O poder de controle na sociedade anônima*, p. 104 e 106. Muito embora o art. 966 do CC defina como empresário quem exerce a atividade – ou seja, a própria sociedade-pessoa jurídica –, esse diploma legal não ignora a figura do controlador (art. 1.098), que é, porém, clara e minudentemente regulada pela Lei 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas – art. 116 e ss.), a qual impõe ao seu titular um feixe de deveres e responsabilidades próprios à sua função de comandante da atividade empresarial.

²⁶⁹ COMPARATO, Fábio K. *O poder de controle na sociedade anônima*, p. 89-90.

²⁷⁰ FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*; SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as estruturas*, p. 42-45.

Ao manter o devedor e seus administradores na condução dos negócios durante a recuperação, sob a fiscalização do comitê de credores e do administrador judicial, admitindo, por outro lado, o seu afastamento pelo juiz em determinadas hipóteses, o art. 64 segue a orientação adotada na maioria dos países.²⁷¹

Ao lado da suspensão automática das ações e execuções dos credores com o processamento do pedido (*automatic stay*), a manutenção do devedor e dos administradores no comando da atividade empresarial durante a recuperação (na terminologia da doutrina norte-americana, *debtor-in-possession*²⁷²) constitui um dos principais fatores que aumentam o poder de barganha do devedor, estimulando a reorganização empresarial.²⁷³

De certa perspectiva, a manutenção do devedor e dos administradores é negativa, na medida em que pode levar a excessivos desvios da *absolute priority rule*, dificultando, ademais, a proteção do interesse da sociedade na recuperação da empresa; defende-se, assim, a imediata substituição do devedor e dos administradores por um administrador judicial, cujo dever seria o de proteger todos os interesses em jogo (devedor e credores), buscando uma solução consentânea com o interesse social. Essa solução eliminaria custos de transação e estimularia a obtenção de resultados favoráveis à coletividade em geral, e não aos titulares de um interesse específico. A substituição imediata do devedor e seus administradores, porém, como se observou, não é adotada pela maioria dos países; prefere-se limitar o poder do devedor e dos administradores por meio da interferência do juiz diretamente, ou de órgãos como o comitê de credores ou o administrador judicial, a substituí-los logo no início do processo.

A exceção que merece nota é a lei do Reino Unido, que prevê a nomeação imediata de um *receiver* ou de um *administrator* logo no início do processo. O *receiver* é nomeado pelos credores com garantia, ao passo que o *administrator* é nomeado pelo juiz, conforme a recuperação se processe por uma das duas formas previstas na lei: a *administrative receivership* e a *administration*. A solução adotada nesse modelo, embora reduza os custos de transação, permita a adoção de soluções rápidas e evite desvios da ordem de classificação dos créditos, leva a uma excessiva proteção dos credores, implicando o risco de liquidação prematura de empresas economicamente viáveis e de restrição ao investimento.²⁷⁴ Essa característica do regime do Reino Unido, no entanto, não se deve apenas ao afastamento do devedor e seus administradores no início do processo, mas

²⁷¹ Como regra geral, a manutenção dos sócios e administradores do devedor durante o processo de recuperação, com variados graus de interferência do juiz e dos órgãos da recuperação (v.g., comitê de credores, administrador judicial) é prevista nas leis dos Estados Unidos, da Alemanha e da França, entre outras. A lei do Reino Unido, por outro lado, afasta-se desse modelo. A esse respeito, cf. BOLTON, Patrick. *Towards a statutory approach to sovereign debt restructuring – lessons from corporate bankruptcy practice around the world*. *International Monetary Fund Staff Papers*. v. 50. 2003. p. 41-71. Cf. BERKOVITCH, e. et al. *The design of bankruptcy law: a case for managements bias in bankruptcy reorganizations*.

²⁷² ROE, Mark, *Corporate reorganization and bankruptcy*, p. 11.

²⁷³ ATIYAS, Izak, *Bankruptcy policy, Regulatory policies and reform: a comparative perspective*.

²⁷⁴ “To summarize, the U.K. system avoids some of the main problems of the U.S. reorganization procedures and more closely respects the creditors’ bargain. However, these advantages are achieved possibly at the cost of premature liquidations and underinvestment” (ATIYAS, Izak. *Bankruptcy policy*, p. 156). ROE, Mark. *Corporate reorganization and bankruptcy*, p. 11.

também a outros fatores que conduzem a uma grande proteção do interesse dos credores com garantia.²⁷⁵ Por conta desses fatores negativos, com a introdução da figura da *administration*, o modelo inglês procura introduzir modificações que o aproximam do sistema do Chapter 11 norte-americano.²⁷⁶

A preferência pela manutenção do devedor e seus administradores decorre do reconhecimento de que, ainda que possa significar um aumento dos custos de transação e desvios significativos da *absolute priority rule*, tal solução traz como pontos positivos: (i) incentiva o devedor a não postergar a distribuição do pedido de recuperação, (ii) não gera ao devedor aversão ao crédito, (iii) evita a adoção de projetos com risco excessivo, na medida em que o devedor, na recuperação, pode obter para si uma parcela do valor da empresa, (iv) possibilita a elaboração do plano por quem detém mais informações sobre a empresa e (v) estimula a reorganização, na medida em que confere poder de barganha ao devedor. A manutenção do devedor e seus administradores na condução do negócio pode resultar, portanto, em resultados *ex ante* (itens I a III, supra) e *ex post* (itens IV e V, supra) positivos.²⁷⁷

A possibilidade de o juiz afastar os sócios e os administradores em determinadas hipóteses é, por outro lado, de fundamental importância. É preciso distinguir a empresa (atividade) e o estabelecimento (complexo de bens) do empresário (sujeito da atividade);²⁷⁸ sob o comando de um determinado empresário, a atividade pode ter sido mal sucedida, o que não significa que não poderiam ser obtidos resultados positivos, caso o seu exercício, juntamente com o complexo de bens, fosse transferido para um outro empresário. Essa mudança da titularidade da atividade empresarial pode ser essencial para permitir a recuperação da empresa e para a aprovação do plano pelos credores, sobretudo, quando estes não confiam na competência, ou ainda pior, na probidade do empresário anterior.

Diante da realidade econômica brasileira, caracterizada pela concentração do poder empresarial – ausência de clara distinção entre sócio, sociedade e administradores, e não pela dispersão acionária, a possibilidade de afastar o empresário anterior é ainda mais relevante, constituindo um imperativo para o cumprimento da função pública da lei de recuperação da empresa. É preciso distinguir a empresa do empresário, devendo-se preservar a primeira, ainda que para tanto seja necessário o afastamento do seu primitivo

²⁷⁵ “The shareholders or incumbent of the debtor are afforded smaller, if any, bargaining power by the U.K. insolvency procedures than they would be by the U.S. bankruptcy reorganization procedure. Control in the U.K. system is exercised by the receiver, administrator, or liquidator, all of whom are certified insolvency practitioners (and often accountants). (...) However, whereas the U.S. system creates strong incentives to maintain a company as a going concern even when it is worth more in liquidation, the U.K. system may do just the opposite. By emphasizing the rights of creditors, and in many cases giving priority to secured creditors, the system may result in premature liquidations. Although it may be too early to judge the impact of the administration procedure, the small number of administration cases – perhaps a few hundred compared with thousands of receiverships – suggests that administration has not procedure a radical change in the U.K. insolvency system” (ATTIYAS, Izak. *Bankruptcy policy*, p. 155-156).

²⁷⁶ AGHION, P. et al. *Insolvency reform in the UK: a revised proposal*, p. 67-74.

²⁷⁷ Cf. BERKOVITCH, e. et al. *The design of bankruptcy law: a case for managements bias in bankruptcy reorganizations*, p. 441-464; HART, O., *Different approaches to bankruptcy*, p. 5.

²⁷⁸ BULGARELLI, Waldírio. *A teoria jurídica da empresa*; BARRETO FILHO, Oscar, *Teoria do estabelecimento comercial*.

comandante. Vindo de encontro a essa realidade, a Lei previu expressamente, entre os meios de recuperação, a alteração do controle societário e o afastamento total ou parcial dos administradores (art. 50, incs. III e IV do).

Para a própria aprovação do plano de recuperação, contudo, o imediato afastamento do devedor e de seus administradores pode ser fundamental, eliminando, com isso, uma barreira que pode tornar excessivamente altos os custos de transação,²⁷⁹ levando a resultados não positivos, quais sejam: (i) a não-aprovação do plano de recuperação e, portanto, a decretação da falência, pela recalcitrância do devedor e seus administradores; ou (ii) a aprovação de plano que implique excessivo desvio da ordem de classificação dos créditos, com efeitos *ex ante* negativos.²⁸⁰

Veja-se que, no sistema da lei brasileira, a resistência oferecida pelo devedor no processo de negociação é agravada pela impossibilidade de o juiz superar o eventual veto por ele imposto à aprovação do plano (art. 56, § 3.º), ainda que essa rejeição se mostre incompatível com a proteção de todos os demais interesses em jogo, orientação essa que, como se viu, afasta-se da seguida pela maioria dos países (v.g., Estados Unidos e Alemanha).²⁸¹ Essa orientação – impossibilidade de o juiz superar o veto do devedor na votação do plano – põe ainda em maior relevo a disposição do art. 64, na medida em que o afastamento do devedor e de seus administradores no curso do processo de recuperação constitui a única forma, mesmo que indireta, de superar o veto abusivo do devedor à reorganização da empresa. Como se verá, porém, os critérios definidos pelo art. 64 para o afastamento dificultam a obtenção desse objetivo.

Ao cuidar do afastamento do devedor e seus administradores, a lei aproxima-se do modelo norte-americano para admiti-lo em casos de crime, fraude, negligência ou grave incompetência administrativa. Assim, a exemplo do que ocorre na experiência norte-americana, é de se imaginar que serão raros os casos em que o juiz afastará o devedor e seus administradores com fundamento no art. 64.²⁸²

²⁷⁹ Como já afirmado, para eliminar esses altos custos de transação, que comprometem a eficiência do processo de recuperação, LOPUCKI e WHITFORD defendem a possibilidade de o juiz, no regime da lei norte-americana, afastar preliminarmente os acionistas do devedor – *preemptive cram down* – sempre que se demonstre com clareza a insolvência da sociedade e a impossibilidade de se reservar algum valor, no processo de recuperação, aos sócios. Vale cf. a seguinte passagem: “In a recently published article we proposed that the bankruptcy courts enter ‘preemptive’ cram down orders, extinguishing the interests of the shareholders of clearly insolvent debtors. The purpose of these orders would be to prevent shareholders who have no plausible claim to share in the distribution under the absolute priority rule from disrupting the reorganization process in the hopes of obtaining such a share through negotiations. Our proposal would have most impact in the cases of large, publicly held companies, where it would tend to reduce the costs of reorganization while bringing case outcomes closer in accord with the absolute priority rule” (*Preemptive cram down*, p. 625).

²⁸⁰ Como foi visto, o desvio da *absolute priority rule* tem efeitos *ex ante* positivos, mas excessivos desvios dessa regra podem produzir efeitos negativos, como por exemplo o aumento do custo do financiamento, em vista da maior insegurança dos credores no que se refere ao recebimento de seus créditos. A respeito dos efeitos *ex ante* negativos que decorrem de excessivo desvio da *absolute priority rule*, v. BEBCHUK, L. *Ex ante costs of violating absolute priority in bankruptcy*.

²⁸¹ Cf. comentários ao art. 56, § 3.º, *supra*.

²⁸² São raros os casos de afastamento, pelo juiz, do devedor e seus administradores. O estudo empírico dos processos de recuperação norte-americanos, no entanto, demonstra que há uma elevada taxa

A realidade brasileira é, porém, muito distinta da norte-americana, sendo marcada pela elevada concentração do poder empresarial, o que exigiria uma solução diversa. Seria recomendável que a lei ampliasse as hipóteses de afastamento do devedor e conferisse ao juiz maior poder de interferência em relação à matéria; além dos casos de crime, fraude ou negligência administrativa, seria importante que a lei tivesse permitido o afastamento do devedor e seus administradores, por exemplo, pela vontade de parcela significativa dos credores, ou ainda por atos praticados em sentido contrário aos objetivos da recuperação. Em certa medida, essa é a abordagem da lei alemã, que permite ao juiz a manutenção do devedor e seus administradores na condução do negócio desde que, entre outros requisitos, de acordo com as circunstâncias do caso, seja de se esperar que tal decisão não provocará demora no procedimento ou qualquer outro prejuízo para os credores (§ 270(2)3, *InsO*). Lamentavelmente, não foi essa a orientação adotada na lei brasileira, de sorte que o afastamento do devedor e seus administradores somente poderá ocorrer nas hipóteses taxativamente previstas nos incisos I a VI.

No inciso I, fica estabelecido o afastamento do devedor ou dos administradores se houverem sido condenados, em sentença penal transitada em julgado, por crime cometido em recuperação judicial ou falência anteriores ou por crime contra o patrimônio, a economia popular ou a ordem econômica previstos na legislação vigente. Trata-se de um requisito objetivo e de difícil ocorrência. Há de se observar, a esse respeito, que evidentemente a sociedade empresária – quando for o devedor – não poderá ser condenada pelos crimes relacionados no dispositivo, mas sim o seu sócio controlador.

O inciso II contenta-se com a existência de indícios veementes de crimes previstos na própria Lei. Nesse caso, não se faz necessária a condenação passada em julgado, bastando a verificação de indícios, qualificados pelo adjetivo veementes.²⁸³

O inciso III trata de atos praticados pelo devedor ou por seus administradores contra os interesses dos credores, maculados por vícios que levam à sua nulidade ou à anulabilidade, quais sejam, dolo (art. 145 do CC), fraude (art. 158 do CC) e simulação (art. 167 do CC).

O inciso IV relaciona condutas que caracterizam má administração ou confusão patrimonial: (i) efetuar gastos pessoais manifestamente excessivos; (ii) efetuar despesas injustificáveis por sua natureza ou vulto em relação à natureza ou gênero do negócio ou

de substituição dos administradores durante o processo de recuperação, o que indica que o poder dos sócios de manter as pessoas de suas confiança na administração, ainda que contrariamente à vontade dos credores ou dos acionistas não-controladores, não é tão presente quanto se poderia num primeiro momento imaginar. Cf. GILSON, Stuart C. *Management turnover and financial distress*, p. 241-262; GILSON, Stuart C., KOSE, John e LANG, Larry. *Troubled debt restructurings: an empirical study of private reorganization of firms in default*, p. 315-353.

²⁸³ Segundo o art. 239 do CPP, “considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. Para Mirabete, o indício seria um tipo de prova indireta da infração penal. Na prova indireta, a representação do fato a provar se faz através da construção lógica: esta é que revela o fato ou circunstância. Na prova direta, o fato é revelado sem a necessidade de qualquer processo lógico construtivo: a prova é a demonstração do fato ou circunstância. É tanto mais forte o indício quanto mais íntima sua relação com o fato (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, p. 316-317).

a outras situações análogas; (iii) descapitalização da empresa ou realização de operações prejudiciais ao seu funcionamento; e (iv) simulação ou omissão de créditos na relação de credores que deve ser apresentada juntamente com a petição inicial da ação de recuperação (art. 51, III), sem amparo em decisão judicial ou relevante razão de direito.

O inciso V cuida do descumprimento de dever imposto pela Lei de Recuperação, qual seja, a prestação de informações solicitadas pelo administrador judicial ou pelo comitê de credores, sanção essa da maior relevância, na medida em que torna efetivo o poder de fiscalização desses órgãos.

Finalmente, o inciso VI cuida da hipótese de o afastamento estar previsto no plano de recuperação, como já se afirmou ser possível, nos termos dos incisos III e IV do art. 50, que relaciona exemplificativamente os meios de recuperação.

Em conclusão, vê-se que a lei brasileira foi tímida no tratamento das hipóteses de afastamento do devedor e seus administradores, o que poderá resultar em altos custos de transação, em excessivos desvios da *absolute priority rule* e na inviabilização da aprovação de planos de recuperação que, embora contem com o esmagador apoio dos credores e venham de encontro ao interesse social, serão rejeitados pela discordância do devedor, nos termos do § 3.º do art. 56, antes comentado, justamente porque estabeleceriam, como uma de suas condições, o seu afastamento da condução da atividade empresarial. Ao restringir excessivamente o afastamento do devedor e seus administradores da condução da atividade empresarial, portanto, a lei pode novamente salvar o empresário, mas punir a empresa.

Quanto ao parágrafo único do dispositivo, depreende-se que, uma vez decidido o afastamento dos administradores do devedor, sem que se tenha determinado o afastamento de seus sócios controladores, a substituição dos primeiros deve ser feita nos termos dos atos constitutivos da sociedade, ou de acordo com o que for definido no plano de recuperação, se a substituição foi definida por este.

Na primeira hipótese, a nomeação dos novos administradores será feita pelo próprio sócio controlador, o que poderá tornar absolutamente ineficaz a medida do ponto de vista de proteção ao interesse dos credores, salvo se este sócio não teve nenhuma participação nos atos praticados por tais administradores. Tal situação (não-participação do controlador em relação aos atos dos administradores) é rara de ocorrer, em face da realidade empresarial brasileira, marcada pela concentração do poder econômico, na qual os administradores ficam em posição de absoluta subordinação ao controlador, pouco fazendo sem a prévia autorização deste.

Por outro lado, o afastamento do devedor (empresário individual), ou dos sócios controladores do devedor (empresa societária personificada) – como melhor ficaria disposto na lei – leva à nomeação do gestor judicial, nos termos definidos pelo art. 65, adiante examinado.

Art. 65. Quando do afastamento do devedor, nas hipóteses previstas no art. 64 desta Lei, o juiz convocará a assembléia-geral de credores para deliberar sobre o nome do gestor judicial que assumirá a administração das atividades do devedor, aplicando-se-lhe, no que couber, todas as normas sobre deveres, impedimentos e remuneração do administrador judicial.

§ 1º O administrador judicial exercerá as funções de gestor enquanto a assembléia-geral não deliberar sobre a escolha deste.

§ 2º Na hipótese de o gestor indicado pela assembléia-geral de credores recusar ou estar impedido de aceitar o encargo para gerir os negócios do devedor, o juiz convocará, no prazo de 72 (setenta e duas) horas, contado da recusa ou da declaração do impedimento nos autos, nova assembléia-geral, aplicado o disposto no § 1º deste artigo.

EDUARDO SECCHI MUNHOZ

Se a interpretação do artigo for no sentido de que, mesmo no caso da sociedade empresária, esta é que deve ser afastada, e não o seu sócio controlador, os sócios não-controladores desta serão prejudicados, na medida em que não terão nenhuma vinculação, a partir desta data, com o desenvolvimento da atividade empresarial, que passará a ser conduzida pelo gestor judicial nomeado pela assembléia geral de credores. Entendendo-se, por outro lado, que a lei pretendeu referir-se ao sócio controlador, como parece mais correto pelas razões anteriormente alinhadas, o gestor judicial assume a posição de controle, exercendo suas prerrogativas, portanto, de dentro da estrutura societária, sem afetar, dessa forma, o interesse dos sócios não-controladores. Nesse caso, o poder de controle será detido pelo gestor nomeado pela assembléia geral de credores, que deverá exercê-lo no interesse não apenas destes, mas também dos sócios da sociedade devedora.²⁸⁴

Ressalte-se que a função do gestor não é de mero fiscal da administração, devendo ele próprio exercê-la no interesse dos sócios e dos credores, inclusive trabalhadores. As normas sobre remuneração, deveres e impedimentos relativas ao administrador judicial são, porém, inteiramente aplicáveis ao gestor, dada a similitude das funções exercidas. Tanto assim que, até a nomeação do gestor pela assembléia geral de credores, deve o administrador judicial, nomeado pelo juiz, exercer as funções correspondentes.

Ao atribuir a prerrogativa de nomear o gestor judicial à assembléia geral de credores, a Lei orientou-se por outorgar maior poder decisório aos credores, entendendo que, ante o afastamento do devedor ou de seus administradores, aqueles são as pessoas mais adequadas para definir os rumos da atividade empresarial, em vista de seu interesse no recebimento dos créditos, o que, na empresa em crise econômico-financeira, passa a depender diretamente do êxito da atividade, colocando o *fixed claim* (crédito) em situação análoga ao *residual claim* (direito dos sócios aos lucros).²⁸⁵

É louvável, ademais, que a lei brasileira não tenha atribuído a uma determinada classe a eleição do gestor judicial, mas tenha estabelecido sua eleição pela assembléia geral, de acordo com o *quorum* da maioria dos créditos presentes, independentemente

²⁸⁴ LOPUCKI, Lynn M., WHITTFORD, William C. Corporate governance in the bankruptcy reorganization of large, publicly held companies.

²⁸⁵ GULATI, M., KLEIN, W. e ZOLTI, E. *Connected contracts*, p. 887. V, ainda, LOPUCKI e WHITTFORD: “We do not doubt that placing control of the reorganizing firm in the hands of parties who have both the risk of loss and the possibility of gain can be an effective way to promote wealth maximizing behavior. The primary problem – often unrecognized – is that there will commonly be more than one class of claims or interests that qualify simultaneously as the ‘residual owner’ of insolvent firm. The prescription that control should lie with the residual owners does not tell us how control should be apportioned among those classes” (*Corporate governance in the bankruptcy reorganization of large, publicly held companies*, p. 772).

de sua divisão em classes (art. 42). Essa solução evita os efeitos negativos verificados no sistema do Reino Unido, em que o *receivership* é nomeado pelos credores com garantia, o que tem levado ao risco de liquidações prematuras de empresas viáveis e ao favorecimento dessa classe em detrimento de outras.²⁸⁶

O gestor, assim nomeado, não é representante de nenhuma classe de credores, nem do devedor, havendo de proteger todos os interesses em jogo, buscando a consecução do interesse público que preside a recuperação da empresa; os objetivos do art. 47, nesse contexto, são a diretriz a ser necessariamente observada nos atos praticados pelo gestor judicial.²⁸⁷ Cabe ao juiz, de sua parte, fiscalizar a atuação do gestor, determinando sua substituição, no caso do descumprimento de seus deveres; para tanto, o juiz conta com a colaboração do administrador judicial, por ele nomeado, e do comitê de credores.

Art. 66. Após a distribuição do pedido de recuperação judicial, o devedor não poderá alienar ou onerar bens ou direitos de seu ativo permanente, salvo evidente utilidade reconhecida pelo juiz, depois de ouvido o Comitê, com exceção daqueles previamente relacionados no plano de recuperação judicial.

EDUARDO SECCHI MUNHOZ

Ainda que o devedor e os administradores sejam mantidos na condução do negócio (*debtor-in-possession*), a distribuição do pedido de recuperação cria algumas restrições à sua liberdade de atuação. Dentre essas restrições, talvez a mais importante seja a impossibilidade de alienar ou onerar bens de seu ativo permanente, salvo utilidade reconhecida pelo juiz, depois de ouvido o comitê de credores.

Numa perspectiva de maior proteção aos credores, seria de se admitir a alienação ou oneração de bens do ativo permanente, desde que houvesse a concordância do comitê de credores, ou seja, o poder de decisão quanto à matéria caberia a esse órgão de representação do interesse do conjunto de credores. A solução adotada, no entanto, foi a de outorgar ao juiz a decisão sobre a matéria, ainda que se tenha exigido a prévia manifestação do comitê de credores. Essa manifestação, no entanto, não será vinculante para o juiz, que

²⁸⁶ ATIYAS, Izak. Bankruptcy policy. Regulatory policies and reform: a comparative perspective; AGHION, P. et al. Insolvency reform in the UK. a revised proposal. *Insolvency law and practice* v. 11, 1995.

²⁸⁷ A doutrina norte-americana tem reconhecido aos administradores ou ao *trustee* da empresa em recuperação o dever de atuar no sentido da maximização do seu valor, em benefício de todo o conjunto de titulares de interesse. Gilson assevera: “Management’s responsibilities in a debt restructuring are further complicated by corporate governance issues. When a firm is near insolvency, do managers owe a fiduciary duty mainly to current shareholders or to creditors, who are essentially ‘shareholders in waiting’? (...) Currently in the United States, the courts have determined that when a firm is insolvent, managers are obligated to take actions that maximize the value of the firm – effectively weighting the interests of both creditors and shareholders” (GILSON, Stuart G. *Creating value through corporate restructuring*, p. 16; ainda a esse respeito, v. COFFEE JR., John. *Courts has a new idea of directors’ duty*, p. 18; LOPUCKI, Lynn M., WHITTFORD, William C. *Corporate governance in the bankruptcy reorganization of large, publicly held companies*.

poderá autorizar a alienação ou oneração do ativo permanente, desde que reconheça a existência de *evidente utilidade*.

No caso de bens sobre os quais incidir garantia real, porém, o poder final de decisão ficará com os credores titulares dessa garantia, já que sua supressão ou modificação depende necessariamente da anuência do respectivo titular (art. 50, § 1.º). Em outros termos, a alienação desses bens, se acarretar a supressão ou modificação das garantias anteriores, dependerá necessariamente, além da autorização do juiz, da concordância do credor titular da garantia.

Há de se observar, ainda no que respeita aos aspectos gerais do dispositivo, que nada justifica a limitação de seu campo de aplicação aos bens ou direitos integrantes do ativo permanente. É que, na realidade econômica contemporânea, a depender da natureza e da situação econômica da empresa, a alienação ou oneração de bens ou direitos que não integram o ativo permanente pode ser tão ou mais lesiva ao interesse dos credores do que a alienação ou oneração dos que o integram. A título ilustrativo, pode-se figurar a hipótese de uma empresa de serviços, cujo ativo permanente tem valor extremamente reduzido, oferecer em penhor os seus recebíveis (direitos creditórios) dos próximos 12 meses em garantia de um empréstimo concedido após a distribuição do pedido de recuperação. Obviamente, embora não tenha onerado bens do ativo permanente, um ato assim praticado pelo devedor deveria depender da autorização judicial, após ouvido o comitê de credores, por possuir um elevado potencial de causar lesão aos credores anteriores; o risco de lesão aos credores decorrente dessa oneração de direito não integrante do ativo permanente seria muito superior, v.g., ao que decorreria da eventual oneração dos computadores da empresa.

A Lei, portanto, ao referir-se apenas aos bens ou direitos integrantes do ativo permanente, sem estabelecer nenhum critério para estender a necessidade de autorização judicial para outras hipóteses, deixou de oferecer a proteção, na amplitude necessária, aos interesses dos credores.

Cumprido, nesse passo, determinar o sentido da expressão “*evidente utilidade*”. A pergunta que se põe é: utilidade para quem? A expressão deve ser interpretada em consonância com o interesse público que preside o processo de recuperação, ou seja, o juiz deverá autorizar a prática dos atos sempre que contribuam para a reorganização da empresa viável, mantendo-se a fonte produtiva importante para o desenvolvimento econômico do País (art. 47); deve, por outro lado, indeferir-la, quando verificar que tais atos não contribuirão para a recuperação da empresa, comprometendo o direito dos credores anteriores ao pedido.

A parte final do dispositivo excepciona a necessidade de autorização judicial, após a oitiva do comitê de credores, para a alienação de bens do ativo permanente prevista no plano de recuperação. A razão é evidente: com a aprovação do plano, a assembléia geral de credores terá aprovado a reorganização da empresa e todos os atos necessários à sua implementação. Nesse caso, portanto, o poder de decisão quanto à matéria deixa de ser do juiz e passa a ser dos credores, reunidos na assembléia geral. Ainda, porém, que a alienação esteja prevista no plano de recuperação, se acarretar a supressão ou a modificação de garantia real, dependerá necessariamente da anuência do titular da garantia, o que significa uma exceção relevante ao princípio majoritário nas decisões concernentes à recuperação da empresa.

Art. 67. Os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcursais, em caso de decretação de falência, respeitada, no que couber, a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.

Parágrafo único. Os créditos quirografários sujeitos à recuperação judicial pertencentes a fornecedores de bens ou serviços que continuarem a provê-los normalmente após o pedido de recuperação judicial terão privilégio geral de recebimento em caso de decretação de falência, no limite do valor dos bens ou serviços fornecidos durante o período da recuperação.

EDUARDO SECCHI MUNHOZ

O art. 67 visa assegurar a possibilidade de o devedor ter acesso a financiamento durante o processamento da recuperação, algo que os estudos têm demonstrado ser fundamental para o êxito da reorganização da empresa. Para tanto, a disposição do art. 67, na linha da melhor orientação do direito comparado, é fundamental para assegurar o acesso da empresa em recuperação ao crédito.²⁸⁸

Segundo o art. 67, todas as obrigações contraídas pelo devedor no período de recuperação são consideradas extraconcursais no caso de decretação da falência, ou seja, os créditos correspondentes ocuparão o primeiro lugar na classificação dos créditos, devendo ser pagos antes de todos os demais (art. 84). Com isso, procura-se estimular a abertura de linhas de crédito ao devedor em recuperação.

Se tal estímulo é fundamental para o êxito da recuperação, por outro lado, é preciso cuidar para que não se torne veículo para fraudes ou abusos por parte do devedor que, por meio da assunção de novas obrigações, pode modificar a ordem de preferência dos créditos. Veja-se que os créditos extraconcursais precedem a todos os demais créditos, inclusive os trabalhistas e os com garantia real (art. 84), o que torna imprescindível a rigorosa fiscalização dos atos assim praticados pelo devedor, especialmente por parte do administrador judicial e do comitê de credores, órgãos a quem incumbe esse papel. Tal fiscalização é relevante porque o devedor é livre para assumir obrigações na fase de recuperação, salvo se tais obrigações implicarem a oneração de bens de seu ativo permanente, para o que se exige a prévia autorização do juiz (art. 66). Como se viu nos comentários ao art. 66, supra, a restrição nele prevista não impede o devedor de assumir empréstimos de valor vultoso na fase de recuperação, oferecendo como garantia, por exemplo, o penhor de seus direitos creditórios (recebíveis). Daí a relevância de o administrador judicial e de os credores, por meio do comitê de credores, assumirem uma postura ativa na monitoração e fiscalização da administração conduzida pelo devedor em recuperação.

Uma importante inovação da Lei encontra-se no parágrafo único do art. 67 que transforma os créditos quirografários de fornecedores de bens ou serviços anteriores

²⁸⁸ “A new bankrupt typically needs fresh cash to keep operating. It needs to pay its employees and suppliers. Occasionally, it gets enough from operations to pay them, but more typically it must borrow yet more. Just before bankruptcy that borrowing was often impossible because of infighting among the creditors about who would come first. The Bankruptcy Code resolves the infighting that could stymie new credit; it permits the new financing, usually called debtor-in-possession financing, to be paid first, before (nearly) all creditors are paid when the plan of reorganization is made final” (ROE, Mark. Corporate reorganization and bankruptcy, p. 10).

ao pedido de recuperação em créditos com privilégio geral, no caso de decretação da falência, desde que esses fornecedores continuem a prover bens ou serviços ao devedor durante o processo de recuperação, observando-se como limite o valor dos bens ou serviços assim fornecidos.

Dessa forma, procura-se estimular a continuidade de fornecimento de bens e serviços: os créditos decorrentes de fornecimento ocorrido durante a recuperação são extraconcursais e, até o valor total destes, os créditos relativos a fornecimentos realizados antes do pedido são transformados de quirografários em créditos com privilégio geral. O estímulo, porém, pode não ser suficiente, na medida em que, observada a classificação dos créditos (art. 83), dificilmente, os créditos com privilégio geral são satisfeitos no procedimento falimentar. Para conceder um estímulo mais efetivo, a lei deveria transformar os créditos iniciais de tais fornecedores em uma classe com maior prioridade na ordem de classificação, como por exemplo a categoria dos créditos extraconcursais.

Art. 68. As Fazendas Públicas e o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS poderão deferir, nos termos da legislação específica, parcelamento de seus créditos, em sede de recuperação judicial, de acordo com os parâmetros estabelecidos na Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional.

EDUARDO SECCHI MUNHOZ

Com respeito a esse dispositivo, vale conferir os comentários feitos ao art. 57. O modelo adotado pela Lei, a exemplo do regime anterior, foi o de excluir da recuperação judicial os créditos de natureza tributária. A despeito de tais créditos não serem afetados pelo regime da recuperação, com o objetivo de proteger o interesse do Fisco, o art. 57 impõe como requisito para a recuperação a comprovação da regularidade do devedor em relação aos débitos tributários.

Nessa medida, sem que seja previsto um sistema especial de composição das dívidas tributárias, que seja consentâneo com a lei de recuperação, os objetivos desta podem ser inteiramente comprometidos, já que a análise empírica demonstra que as empresas em crise econômico-financeira deixam de pagar valores elevados a título de tributos sendo, na maioria dos casos, essas as primeiras obrigações descumpridas pelo empresário em dificuldade.

Com essa preocupação, o art. 68 estabelece que as Fazendas Públicas e o INSS poderão definir, nos termos da legislação específica, parcelamento de seus créditos para empresas em recuperação. Esse dispositivo, porém, é destituído de toda e qualquer eficácia, pois não assegura ao devedor o direito de obter parcelamento de seus débitos tributários, nem por outro lado obriga os entes tributantes a editar leis específicas a respeito do assunto.

Como se afirmou anteriormente, cabe à lei complementar tributária regular a matéria o que infelizmente não ocorreu até agora. Sem essa regulação, repita-se, compatível com o modelo adotado na Lei de Recuperação, o sistema de recuperação da empresa fica incompleto, podendo impossibilitar-se, na prática, a reorganização empresarial, em vista da omissão legislativa e da exigência contida no art. 57. A esse respeito vale conferir os comentários ao art. 57.

A ausência da lei complementar tributária pode comprometer, ainda, a consecução dos objetivos visados pelo art. 60, parágrafo único, que claramente pretende desonerar das obrigações tributárias do devedor o arrematante de bens no processo de recuperação judicial. A esse respeito, vale conferir os comentários ao art. 60, supra.

Art. 69. Em todos os atos, contratos e documentos firmados pelo devedor sujeito ao procedimento de recuperação judicial deverá ser acrescida, após o nome empresarial, a expressão “em Recuperação Judicial”.

Parágrafo único. O juiz determinará ao Registro Público de Empresas a anotação da recuperação judicial no registro correspondente.

EDUARDO SECCHI MUNHOZ

A exigência de identificar o devedor sujeito ao procedimento de recuperação com a expressão *em Recuperação Judicial* tem por objetivo levar ao conhecimento de terceiros a instauração desse regime, de modo que aqueles que contratem com o devedor tenham pleno conhecimento das restrições a ele impostas.

Justamente por isso, afirmou-se linhas atrás que a manutenção do devedor em recuperação mesmo após a aprovação do plano, com a conseqüente permanência do sinal indicativo *em Recuperação Judicial*, causa inevitavelmente uma restrição ao desenvolvimento de suas atividades.

Se a opção não foi a de extinguir o processo de recuperação com a aprovação do plano, ao menos, seria recomendável que a lei previsse expressões diferentes para identificar o devedor *antes da aprovação do plano e após a sua aprovação*. Isso porque, sem dúvida alguma, para o mercado tem grande relevância saber se o devedor já teve sua recuperação concedida, caso em que lhe bastará cumprir as obrigações previstas no plano, ou se ainda depende da futura aprovação de seu plano, caso em que poderá ter sua falência decretada num período exíguo de tempo, desde que este seja rejeitado.

Poderia a lei, assim, assinalar o devedor com plano de recuperação ainda não aprovado com a expressão *em Recuperação Judicial a ser apreciada*, identificando, por outro lado, o devedor que já teve a recuperação judicial deferida (plano aprovado) com a expressão *em Recuperação Judicial deferida*.

Seção V

Do plano de recuperação judicial para microempresas e empresas de pequeno porte

Art. 70. As pessoas de que trata o art. 1º desta Lei e que se incluam nos conceitos de microempresa ou empresa de pequeno porte, nos termos da legislação vigente, sujeitam-se às normas deste Capítulo.

§ 1º As microempresas e as empresas de pequeno porte, conforme definidas em lei, poderão apresentar plano especial de recuperação judicial, desde que afirmem sua intenção de fazê-lo na petição inicial de que trata o art. 51 desta Lei.

§ 2º Os credores não atingidos pelo plano especial não terão seus créditos habilitados na recuperação judicial.

CARLOS KLEIN ZANINI

154. Importância das microempresas e empresas de pequeno porte

Em interessante estudo publicado, teve o IBGE a oportunidade de confirmar o crescimento proporcional constante na quantidade de microempresas e empresas de pequeno porte em atividade no Brasil, as quais teriam alcançado o impressionante percentual de 97,6% do total de empresas brasileiras em atividade.²⁸⁹ Juntas, empregavam contingente de mais de sete milhões de pessoas, correspondente a cerca de 10% da população brasileira ocupada, sendo responsáveis pela geração de mais de 20% da receita bruta advinda dos setores de comércio e serviços. Tais números falam por si, sendo mais do que suficientes para evidenciar sua enorme importância no cenário econômico pátrio.

155. Procedimento simplificado

A instituição de um regime jurídico diferenciado para a recuperação das microempresas e empresas de pequeno porte situa-se dentre as inovações trazidas pela nova Lei. Como se sabe, o Dec.-lei 7.661/1945²⁹⁰ dispensava a todas as empresas sujeitas a seus efeitos, independentemente do porte, igual tratamento. Apenas dispunha sobre a tramitação sumária do processo falimentar e da concordata tendo por objeto pas-

* A elaboração destes comentários contou com a valiosa colaboração dos acadêmicos-coordenadores do Grupo de Estudos de Direito Comercial da Faculdade de Direito da UFRGS, Laura Amaral Patella, Jouglang Raoni Krabbe e Diego Rafael Canabarro, que se dedicaram incansavelmente à pesquisa. Rendo também meu preito de gratidão ao Dr. Danilo Knijnik, exímio processualista, por seu inestimável auxílio na matéria de sua especialidade.

²⁸⁹ As micro e pequenas empresas comerciais e de serviços no Brasil: 2001/IBGE, *Estudos e pesquisas. Informação econômica*, p. 102. O referido estudo adotou o critério legal para conceituar as microempresas e empresas de pequeno porte, o que reforça a utilidade de sua invocação.

²⁹⁰ Doravante referido apenas como o Dec.-lei ou a Lei anterior.

sivo inferior a cem salários mínimos,²⁹¹ o que, a rigor, nenhuma vantagem oferecia propriamente ao devedor.

A introdução desse regime jurídico diferenciado pela nova Lei inspira-se em modelos já de há muito adotados em outros países.²⁹² Com efeito, praticamente todas as legislações estrangeiras modernas oferecem regramentos específicos destinados à recuperação de empresas de porte reduzido, comumente caracterizados pelo abrandamento das condições impostas e simplificação do procedimento a ser observado.²⁹³ Não por outra razão, chama-se, na França, de Procedimento Simplificado²⁹⁴ e, na Espanha, de Procedimento Abreviado.²⁹⁵

O fundamento subjacente à adoção desses procedimentos simplificados – agora introduzido entre nós – reside na necessidade de se dispensar tratamento jurídico diferenciado a situações nitidamente distintas, algo assente na concepção ocidental de Justiça desde Aristóteles, como se lê da seguinte passagem da *Política* (III, 9): “Há quem considere que a justiça consiste na igualdade. Assim é, com efeito, mas não para todos, e apenas para os que são iguais. Outros consideram que a justiça consiste na desigualdade. Na verdade assim é, mas unicamente para aqueles que são desiguais, e não para todos”.

O exercício da empresa pode se dar tanto pelo pequeno empresário – à míngua, inclusive, da utilização de um tipo societário – como por grande companhia aberta. E, em qualquer caso, não está livre de enfrentar crises e dificuldades, comuns à álea própria da atividade empresária. Ora, tendo o procedimento de recuperação judicial por objetivo “viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor” (art. 47), e estando abrangidos na Lei sujeitos em condições tão diferentes, nada mais natural lhes seja por ela dispensado tratamento diferenciado, o que conta inclusive com respaldo constitucional, *ex vi* dos arts. 170, IX, e 179 da Constituição Federal.

156. Aplicação supletiva das normas do procedimento ordinário de recuperação

Outro aspecto a destacar diz respeito à aplicabilidade supletiva das regras próprias da recuperação judicial (Capítulo III) ao procedimento simplificado, ante o disposto na parte final do *caput* do art. 70. A redação adotada põe em evidência, antes de mais nada, a natureza de que se reveste este procedimento simplificado, tido como espécie de microsistema situado dentro do contexto da recuperação judicial.

157. Âmbito de aplicação

Como sói ocorrer em qualquer processo de categorização, a criação de uma subcategoria jurídica específica, dotada de conteúdo normativo próprio, reclama a escolha de um critério determinante de sua aplicação. Assim, tendo o legislador optado por introduzir no cenário do direito pátrio um regime diferenciado aplicável à recuperação de empresas

²⁹¹ Arts. 141 e 200 do Dec.-lei. 7.661/1945

²⁹² Em suas *Instituições de direito comercial*, Cesare Vivante já saudava o advento de lei dispondo sobre as “pequenas falências”. VIVANTE, Cesare. *Istituzioni di diritto commercial*, p. 404.

²⁹³ A lei norte-americana (U.S. Code, Chapter 11, 1.102 – 3), por exemplo, admite a dispensa do Comitê de Credores para o que considera *small business*.

²⁹⁴ Art. L621-133 do Código Comercial.

²⁹⁵ Art. 190 da Lei 22/2003.

de menor porte, cabia-lhe eleger o critério a ser adotado para tal qualificação. Apresentavam-se então à sua disposição várias alternativas, tais como espécie de atividade,²⁹⁶ número de funcionários e faturamento,²⁹⁷ as quais poderiam ser utilizadas na construção de um conceito novo daquelas que, para efeito da Lei de Falências e Recuperação, seriam então havidas como empresas de menor porte sujeitas ao procedimento simplificado. Ao invés de forjar um conceito novo, preferiu a Lei – como se vê da redação adotada no *caput* e § 1.º – recorrer a duas categorias prontas, tradicionais em nosso direito: a da microempresa e a da empresa de pequeno porte. E o fez bem.

Ambas encontram-se objetivamente conceituadas na Lei Complementar n. 123/2006, que define a microempresa como “o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, [que] aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 240.000,00”; e a empresa de pequeno porte como “o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, [que] aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais). A mesma Lei que as define arrola, ainda, uma série de circunstâncias impeditivas de sua caracterização como microempresa ou empresa de pequeno porte, dentre as quais figura a participação no capital de sócio domiciliado no exterior ou de pessoa jurídica, ou de pessoa física sócia de empresa já beneficiada pela mesma Lei (art. 3.º, § 4.º).

Desta sorte, para as micro e pequenas empresas, assim legalmente qualificadas, facultava-se a apresentação de um Plano Especial de Recuperação Judicial, “desde que afirmem sua intenção de fazê-lo na petição inicial de que trata o art. 51”, como assevera o § 1.º do dispositivo em tela. Há, pois, momento certo para requerer-se a aplicação do procedimento diferenciado, até mesmo porque a apresentação de um Plano Especial é apenas faculdade (art. 72 desta Lei) posta à disposição da microempresa e empresa de pequeno porte, às quais assiste, também, o direito de optar pelo procedimento de recuperação judicial ordinário previsto na Lei.

Pode-se cogitar, no entanto, acerca de quão rigorosa deve ser a observância do momento certo para a formulação do requerimento de aplicação do procedimento simplificado. Vale dizer, poderia o magistrado, diante da ausência de requerimento expresso de aplicação do procedimento simplificado, nos casos em que este poderia ter sido invocado dada a natureza do devedor, proceder *ex officio* à intimação do devedor, a fim de que este viesse a se manifestar expressamente acerca de seu interesse na migração para o procedimento simplificado? A resposta, ao que nos parece, deve ser afirmativa, até mesmo porque tal iniciativa mostra-se compatível com os princípios norteadores da Lei.

Pelo mesmo fundamento, é de se admitir o aditamento da inicial (art. 294 do CPC), por iniciativa do próprio devedor, para invocar a aplicação do regime diferenciado, desde que apresentada em tempo hábil.

Não pode o juiz, todavia, contra a vontade do devedor, enquadrá-lo no procedimento simplificado, o que tornaria por esvaziar a natureza facultativa da adesão do devedor.

²⁹⁶ Critério empregado no direito italiano – art. 2.081 do *Codice Civile*.

²⁹⁷ Critérios relevantes no direito francês – art. L620-2 do *Code de Commerce*, que fixa o limite máximo de cinquenta empregados.

No mais, deve-se seguir o roteiro apresentado no art. 51 desta Lei, observado o disposto em seu § 2.º, que trata da possibilidade de as micro e pequenas empresas apresentarem “livros e escrituração contábil simplificados nos termos da legislação específica”.²⁹⁸

Questão interessante de que se pode cogitar é a da modificação do *status* da empresa no curso do procedimento de recuperação judicial, a qual pode ocorrer, exemplificativamente, caso venha a ser excedido o limite máximo de faturamento estipulado na legislação vigente para as empresas de pequeno porte. Seria o caso, então, de expurgá-las do regime diferenciado, determinando a aplicação das regras gerais do procedimento ordinário, a iniciar pela convocação da Assembléia de Credores? Ou, ainda assim, deveria o Plano Especial de Recuperação seguir o seu curso?

A solução razoável – não esquecendo ser essa a lógica prevalecente na ciência jurídica (Siches) – recomenda evitar-se a migração de um regime para outro, até mesmo porque viria a retardar o procedimento de recuperação.²⁹⁹ Ademais, a própria Lei que conceitua as micro e pequenas empresas aponta na direção dessa sugestão, ao dispor em seu art. 2.º, § 2.º: “O enquadramento de firma mercantil individual ou de pessoa jurídica em microempresa ou empresa de pequeno porte, bem como o seu desenquadramento, não implicarão alteração, denúncia ou qualquer restrição em relação a contratos por ela anteriormente firmados”. Por igual razão, também não parece ser o caso de admitir-se a migração *a posteriori* para o regime simplificado de empresa que mais tarde venha a adquirir o *status* de microempresa ou de empresa de pequeno porte.

O § 2.º da Lei de Falências, por sua vez, limita-se a enunciar que os credores não atingidos pelo Plano Especial não terão seus créditos habilitados na recuperação judicial. Tal explicitação é importante porque, à luz do que dispõe o inc. I do artigo seguinte, somente os créditos quirografários, excepcionados os créditos decorrentes de adiantamento de contratos de câmbio e os créditos relacionados à propriedade fiduciária é que podem ser contemplados no Plano Especial de Recuperação.

Art. 71. O plano especial de recuperação judicial será apresentado no prazo previsto no art. 53 desta Lei e limitar-se-á às seguintes condições:

I – abrangerá exclusivamente os créditos quirografários, excetuados os decorrentes de repasse de recursos oficiais e os previstos nos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei;

II – preverá parcelamento em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais, iguais e sucessivas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de 12% a.a. (doze por cento ao ano);

III – preverá o pagamento da 1ª (primeira) parcela no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da distribuição do pedido de recuperação judicial;

IV – estabelecerá a necessidade de autorização do juiz, após ouvido o administrador judicial e o Comitê de Credores, para o devedor aumentar despesas ou contratar empregados.

²⁹⁸ Trata-se da Lei Federal 9.317/1996.

²⁹⁹ Essa a solução adotada no direito francês para situação análoga, quando a transformação de determinada sociedade não sujeita à Lei de Falência e Recuperação em outro tipo societário a ela submetido, não alterava o curso do procedimento já iniciado. Nesse sentido, RIPERT, Georges. *Traité de droit commercial*, v. 2, p. 865.

Parágrafo único. O pedido de recuperação judicial com base em plano especial não acarreta a suspensão do curso da prescrição nem das ações e execuções por créditos não abrangidos pelo plano.

CARLOS KLEIN ZANINI

158. Prazo para apresentação do Plano Especial

Assim como existe momento próprio para requerer a aplicação do regime diferenciado – com a inicial (art. 51) –, trata a Lei de fixar em 60 (sessenta) dias o prazo para a apresentação do Plano Especial de Recuperação, contados da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial. E o faz mediante a remissão determinada no *caput* ao disposto no art. 53, que, ademais, prescreve a improrrogabilidade do prazo de 60 (sessenta) dias, cuja inobservância acarreta a convalidação da recuperação em falência (art. 73, II).

Diante da redação dura do dispositivo a que se faz remissão, caberia aqui uma primeira indagação. Seria efetivamente improrrogável o prazo de 60 (sessenta) dias? Ou assistiria ao juiz a prerrogativa de dilatá-lo em determinadas circunstâncias? Particularmente, não vemos motivo para suprimir-se a possibilidade de o juiz decretar sua prorrogação, até mesmo porque prevista na Lei (art. 189) a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, que contém regramento específico sobre o cabimento da prorrogação dos prazos processuais.

Outra questão passível de discussão é a fluência ou não desse prazo durante o período de férias forenses. Como se sabe, a Lei anterior continha preceito expresso determinando a não-suspensão dos prazos por ela fixados durante o período de férias (art. 204³⁰⁰). A nova Lei silencia a esse respeito, com o que, à falta de determinação legal expressa (art. 174 do CPC³⁰¹), estaria tal prazo sujeito à regra geral da suspensão pela superveniência das férias forenses. No entanto, com a promulgação da EC n. 45/2004, por meio da qual foi dada nova redação ao art. 93, XII, da CF com a eliminação das férias forenses, a questão mostra-se, ao menos por ora, solucionada.

159. Abrangência do Plano Especial

Dentre as “simplificações” deste regime diferenciado de recuperação consta a de uma abrangência mais restrita, limitada aos créditos quirografários, excetuando-se, ainda, a teor do inc. I, os créditos “decorrentes de repasses de recursos oficiais e os previstos nos §§ 3.º e 4.º do art. 49”. Conquanto inexista definição legal do que se deva entender por *recursos oficiais*, parece inequívoco estarem neles compreendidos os financiamentos concedidos por meio de repasse de recursos originários de bancos de desenvolvimento e agências de fomento, a exemplo dos concedidos pelo BNDES, SEBRAE, CAPES, CNPQ e demais instituições regionais. Os dois parágrafos ali referidos, por sua vez, tratam dos

³⁰⁰ “Art. 204. Todos os prazos marcados nesta Lei são preempatórios e contínuos, não se suspendendo em dias feriados e nas férias (...).”

³⁰¹ “Art. 174. Processam-se durante as férias e não se suspendem pela superveniência delas: (...) III – todas as causas que a lei federal determinar.”

créditos relacionados à propriedade fiduciária e adiantamentos de contrato de câmbio para exportação, também excetuados, portanto, do Plano Especial.

A Lei (art. 83, VI) define os créditos quirografários por exclusão, de modo que são assim considerados os de natureza não-tributária desprovidos de garantias ou privilégios, incluindo, no caso dos trabalhistas, apenas os saldos excedentes a 150 (cento e cinquenta) salários mínimos por credor. Assim definidos, e consideradas as exceções referidas no inciso I, daí resulta que nem mesmo a totalidade dos credores quirografários encontra-se abrangida pelo Plano Especial de Recuperação, o que torna bastante estreito o seu escopo, e contribui para aproximá-lo, guardadas as devidas reservas, da antiga concordata.

É exatamente por conta desta abrangência reduzida do Plano Especial que trata o parágrafo único de explicitar o que poderia ser tido como óbvio: o fato de que o seu requerimento “não acarreta a suspensão do curso da prescrição nem das ações e execuções por créditos não abrangidos pelo plano”.

160. Forma e prazo de pagamento

À primeira vista, parece de fácil interpretação o comando expresso no inciso II, prevendo a possibilidade de pagamento do débito mediante “parcelamento em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais, iguais e sucessivas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de 12% a.a. (doze por cento ao ano)”. Todavia, sua leitura atenta enseja algumas reflexões que reputamos bastante oportunas.

A Lei não mais trata expressamente – como se dava no regime da concordata anterior³⁰² – da possibilidade de redução do passivo quirografário por meio de pagamentos mais céleres.³⁰³ E, no caso específico do procedimento simplificado, determina o parcelamento do débito em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais, iguais e sucessivas, vencendo-se a primeira – conforme prescreve o inciso III – no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias contados da distribuição do pedido de recuperação judicial. É certo, portanto, que os pagamentos no Plano Especial de Recuperação devem ocorrer no prazo máximo de três anos e meio contados da distribuição do pedido. Nada impede, contudo, sejam efetivados antes.

A dicção adotada neste inciso II não parece autorizar, também, a utilização de um cronograma de pagamento que não obedeça à fórmula ali consignada, de *parcelas mensais, iguais e sucessivas*, ainda que prevendo a satisfação de todos os credores dentro de um prazo inferior aos 42 (quarenta e dois) meses contados da distribuição do pedido.³⁰⁴ Ao estipular o pagamento em parcelas *mensais, iguais e sucessivas*, resta clara a intenção da Lei de assegurar um fluxo mínimo e contínuo de pagamentos aos credores abrangidos no Plano Especial, observada apenas a carência de até seis meses prevista no inciso III.

161. Correção monetária e juros

A Lei prevê a incidência sobre as parcelas de correção monetária e juros. Quanto aos juros, fixa-os em 12% a.a. (doze por cento ao ano). Deixa de indicar, contudo, o índice

³⁰² Art. 156 do Dec.-lei.

³⁰³ Pode-se sustentar, contudo, sua admissibilidade com amparo no art. 50, I. Como faz COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*, p. 134.

³⁰⁴ 36 meses das parcelas somados aos seis meses de carência.

de correção monetária a ser empregado, o que faz surgir a dúvida: seria o IGP-M,³⁰⁵ o INPC, a TR, ou os índices determinados pelo Poder Judiciário dos respectivos Estados? Mais: poderia o índice ser escolhido e proposto pelo devedor, comportando inclusive objeções de parte dos credores?

Como se vê, o tema da correção monetária parece como que fadado a provocar celeuma na seara do direito falimentar e de recuperação de empresas. Antes, muito se discutiu acerca do cabimento ou não de sua incidência na concordata e na falência. Agora, ao que tudo indica, as discussões haverão de se concentrar não mais no tocante à sua incidência, mas na definição do índice a ser aplicado.

Solução razoável seria aplicar-se o índice utilizado nos Estados da Federação – o qual, muitas vezes, consta de Provimento expedido pela Corregedoria-Geral de Justiça.³⁰⁶ Não obstante, também nos parece plausível a escolha e proposição do índice a ser aplicado por iniciativa do devedor, suscetível, neste caso, à objeção dos credores.

162. Autorização prévia para aumento de despesas e contratação de empregados

Dentre as condições estabelecidas pela Lei para o Plano Especial, encontra-se a da necessidade de prévia autorização judicial *para o devedor aumentar despesas ou contratar empregados* (art. 71, IV); decisão essa que deve ser proferida após ouvidos o administrador judicial e o Comitê de Credores.

Embora possa-se nele divisar a boa intenção do legislador, o dispositivo não nos parece dos mais felizes. Primeiramente, cumpre relembrar estar-se aqui tratando de um procedimento simplificado, destinado a empresas de pequeno porte. Neste contexto, aliás, a Lei inclusive dispensa a convocação da Assembléia-Geral de Credores, com o que dificilmente terá sido instaurado o Comitê de Credores,³⁰⁷ cuja oitiva prévia – juntamente com a do administrador judicial – é exigida pela Lei para a tomada da decisão judicial.

Peca também por empregar uma redação vaga e imprecisa, podendo oferecer, na prática, um empecilho à gestão da atividade empresária em crise. Observe-se, nesse sentido, que o dispositivo em questão condiciona à prévia decisão judicial o ato de *contratar empregados*. Não diz, contudo, se é qualquer contratação, ainda que efetuada para preencher vaga deixada por empregado previamente demitido ou temporariamente afastado. Ademais, a contratação de empregados denota expansão das atividades, vindo, portanto, em favor da recuperação, e não o contrário. Condicioná-la à prévia autorização judicial – precedida da opinião prévia exarada pelo administrador judicial – pode, por conseguinte, muito bem constituir-se em entrave à recuperação, acarretando um engessamento da gestão incompatível com a celeridade exigida pela boa prática da atividade empresária.

Os mesmos argumentos podem ser aplicados à restrição posta ao *aumento de despesas*. Aliás, é praticamente impossível – e absolutamente desaconselhável – proceder-se a uma análise pontual e isolada das despesas incorridas por uma empresa. Só se pode falar em

³⁰⁵ TJRS, 6.ª Câm. Civ., AI 70.006.990.246, rel. Des. Cacildo de Andrade Xavier, j. 26.11.2003, v.u. A decisão negou a aplicação do IPC – FIPE e determinou a utilização do IGPM.

³⁰⁶ Caso de Santa Catarina (Provimento 13/1995).

³⁰⁷ Precisamente porque é na Assembléia-Geral de Credores que tem lugar a constituição do Comitê de Credores, conforme o disposto no art. 26 da Lei.

aumento ou diminuição de despesas relativamente a um dado período de tempo, que, no entanto, não vem indicado na Lei.

De qualquer modo, tirante as considerações feitas de *lege ferenda*, tais restrições encontram-se previstas na Lei. Nesse caso, uma interpretação teleológica do dispositivo deveria pelo menos considerar desnecessária a autorização judicial naqueles casos em que a contratação de empregado não importa em acréscimo no número de funcionários ativos (reposição de empregado demitido ou licenciado). Nos demais casos, melhor seria se ficasse a prática do ato (contratação ou aumento de despesas) sujeita a uma revisão *a posteriori* pelo magistrado, o que se mostraria mais compatível com a dinâmica própria reclamada de todos aqueles que se dedicam ao exercício da atividade empresária, cuja Lei visa precisamente salvaguardar.

Art. 72. Caso o devedor de que trata o art. 70 desta Lei opte pelo pedido de recuperação judicial com base no plano especial disciplinado nesta Seção, não será convocada assembléia-geral de credores para deliberar sobre o plano, e o juiz concederá a recuperação judicial se atendidas as demais exigências desta Lei.

Parágrafo único. O juiz também julgará improcedente o pedido de recuperação judicial e decretará a falência do devedor se houver objeções, nos termos do art. 55 desta Lei, de credores titulares de mais da metade dos créditos descritos no inciso I do *caput* do art. 71 desta Lei.

CARLOS KLEIN ZANINI

163. Tramitação do Plano Especial

Em linha com o que dispõe o art. 70, trata a parte primeira do *caput* de reforçar a natureza facultativa do Plano Especial, que poderá ou não ser invocado pela empresa de menor porte para a sua recuperação, assistindo-lhe o direito de preferir o procedimento ordinário de recuperação; decisão essa que deverá orientar-se especialmente em função do perfil do endividamento. Consta também do *caput* a principal simplificação introduzida no Plano Especial: a da eliminação da Assembléia-Geral de Credores.

Cumprir registrar, a propósito, que a realização da Assembléia-Geral também não é obrigatória no procedimento comum de recuperação – embora deva ser a regra. Sua convocação dependerá sempre da iniciativa dos credores (art. 52, § 2.º), ou de decisão do juiz, diante de objeção formulada por qualquer dos credores (art. 56). No Procedimento Simplificado, todavia, dispõe-se expressamente acerca da desnecessidade de sua realização, conforme redação adotada no *caput* deste art. 72.

A tramitação do Plano Especial haverá de percorrer, portanto, o seguinte *iter*: (i) distribuição da petição inicial postulando a recuperação mediante recurso ao Plano Especial (art. 70, § 1.º); (ii) apreciação do pedido pelo juiz; (iii) apresentação do Plano Especial; e (iv) aprovação ou não do Plano Especial pelo juiz.

164. Regras aplicáveis ao Plano Especial

Quais seriam, no entanto, as condições existentes para a aprovação do Plano Especial? O dispositivo em tela, após dispensar a realização da Assembléia, reza apenas que o “juiz concederá a recuperação judicial se atendidas as demais exigências desta Lei”. É

da maior importância, portanto, determinar quais vêm a ser as “demais exigências desta Lei”, cujo atendimento constitui requisito para o deferimento da recuperação judicial da pequena empresa. Para identificá-las, nada melhor do que examinar, um a um, os dispositivos constantes do Capítulo dedicado à Recuperação Judicial, até mesmo porque sua aplicabilidade decorre da determinação expressa no art. 70.³⁰⁸

Nesse sentido, convém já de plano descartar os artigos que dizem respeito à Assembleia-Geral dos Credores, a saber: art. 52, § 2.º e 4.º; art. 56, § 1.º ao 4.º; e art. 58, § 1.º. Suprimida a realização da Assembleia-Geral de Credores, descabe cogitar-se de sua aplicação. Igualmente inaplicáveis são o art. 54 – que dispensa tratamento privilegiado aos créditos trabalhistas, não abrangidos no Procedimento Simplificado – e o art. 58 – por conta do regramento específico contido no § 1.º do art. 70.

Outros dispositivos constantes deste Capítulo III podem ser aplicados, mas exigem adaptações. Assim, em havendo objeção de algum credor, a decisão acerca da decretação da falência pela rejeição do plano não competirá à Assembleia-Geral, como reza o art. 56, mas ao juiz da causa. Assim como não será o gestor judicial nomeado pela Assembleia-Geral (art. 65), mas pelo juiz. Da mesma forma, impõe-se a leitura do art. 61 tendo-se presente o prazo de 36 (trinta e seis) meses outorgado no art. 71, II, com o que, no Procedimento Simplificado, permanece o devedor em estado de recuperação até o pagamento da última parcela.³⁰⁹

Os arts. 47, 48 e 55 podem ser aplicados sem maiores dificuldades, observado que o inciso III do art. 48 requer, para a aprovação da recuperação judicial simplificada, não tenha o devedor recorrido a essa modalidade de recuperação nos últimos oito anos. O art. 49, que dispõe acerca dos créditos abrangidos na recuperação, experimenta ainda maior restrição diante da abrangência ditada no art. 71. Não se discute, também, a aplicabilidade do art. 51, até mesmo porque, *in casu*, trata a Lei expressamente de declinar as modificações aplicáveis às empresas de pequeno porte, conforme o disposto em seu § 2.º.³¹⁰

Questão controversa, no entanto, diz respeito à aplicabilidade do art. 52, especialmente no tocante à publicação do edital referido em seu § 1.º. A respeito, sustenta Fábio Ulhoa Coelho não ser obrigatória a sua publicação, advogando a tese de que caberia aos credores eventualmente interessados a iniciativa de suscitar em juízo suas objeções, independentemente de citação ou intimação.³¹¹ *Concessa venia*, não nos parece ser esta a melhor interpretação. Primeiramente, porque a Lei determina a aplicabilidade supletiva das normas contidas no Capítulo III ao Procedimento Simplificado, com o que – excetuada a existência de conflito – inexistente razão para deixar-se de aplicar uma das regras capitais do procedimento, que é justamente aquela destinada a dar publicidade ao processamento da recuperação. Também, porque encontra-se prevista dentro da Seção da recuperação judicial para microempresas e empresas de pequeno porte (art. 72, parágrafo único) a

³⁰⁸ “Art. 70. As pessoas de que tratam o art. 1.º (...) sujeitam-se às normas deste Capítulo.”

³⁰⁹ Há outra interpretação plausível para o disposto neste art. 61 no caso das microempresas e empresas de pequeno porte, que consistiria em reconhecer a permanência do devedor em estado de recuperação judicial apenas por 2 (dois) anos, aplicando-se, findo esse prazo, o disposto nos arts. 62 e ss.

³¹⁰ “Art. 51, § 2.º Com relação à exigência prevista no inciso II do *caput* deste artigo, as microempresas e empresas de pequeno porte poderão apresentar livros e escrituração contábil simplificados nos termos da legislação específica.”

³¹¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, p. 186.

possibilidade de existirem objeções ao deferimento da recuperação judicial, as quais, para serem suscitadas pelos credores, pressupõem tenham eles ciência do processamento da recuperação, o que reclama a publicação do edital previsto no § 1.º do art. 52.

A despeito de o art. 71 não ter adotado redação das mais precisas – fazendo referência apenas ao prazo previsto no art. 53 para a apresentação do Plano Especial –, parece ser perfeitamente razoável exigir-se do Plano Especial de Recuperação a observância do conteúdo mínimo prescrito nos incisos I a III do art. 53.

Os demais preceitos contidos no Capítulo III, aqui ainda não referidos, mostram-se de aplicação compatível com o Procedimento Simplificado de Recuperação.

165. Objeções apresentadas pelos credores e decretação da falência

Reza o parágrafo único deste dispositivo que o juiz “julgará improcedente o pedido de recuperação judicial e decretará a falência do devedor se houver objeções, nos termos do art. 55 desta Lei, de credores titulares de mais da metade dos créditos descritos no inc. I do *caput* do art. 71 desta Lei”. Interpretado literalmente, significaria dizer que a objeção suscitada por mais da metade dos créditos sujeitos ao Procedimento Simplificado deveria acarretar, necessariamente, a decretação da falência do devedor.

Evidente que assim não pode ser. Com efeito, haverá de ser devidamente sopesada, de início, a fundamentação empregada na objeção, de modo que não se venham a admitir objeções meramente caprichosas, ou deduzidas com o propósito de chantagear o devedor, absolutamente incompatíveis com os fins a que a Lei se destina. Aliás, em casos que tais, afigura-se-nos plenamente aplicável a imposição das penalidades previstas na lei processual para a litigância de má-fé. A objeção capaz de conduzir à decretação da falência há de ser, por conseguinte, aquela devidamente fundamentada, a demonstrar, especialmente, a inviabilidade.



Capítulo IV

DA CONVOLAÇÃO

DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM FALÊNCIA

Art. 73. O juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial:

- I – por deliberação da assembléia-geral de credores, na forma do art. 42 desta Lei;
- II – pela não apresentação, pelo devedor, do plano de recuperação no prazo do art. 53 desta Lei;
- III – quando houver sido rejeitado o plano de recuperação, nos termos do § 4º do art. 56 desta Lei;
- IV – por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação, na forma do § 1º do art. 61 desta Lei.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não impede a decretação da falência por inadimplemento de obrigação não sujeita à recuperação judicial, nos termos dos incisos I ou II do *caput* do art. 94 desta Lei, ou por prática de ato previsto no inciso III do *caput* do art. 94 desta Lei.

CARLOS KLEIN ZANINI

166. Considerações preliminares

A exemplo do que já se verificava no Decreto-lei anterior, elenca a Lei os casos nos quais cabe a convalidação da recuperação judicial em falência. Feitas as devidas reservas, trata-se de hipótese similar à descrita nos arts. 162 e 175 do Dec.-lei 7.661/1945, que não destoa, também, da orientação até então adotada no direito francês.³¹² A decisão judicial que decreta a convalidação em falência importa na capitulação do processo de recuperação. Daí o porquê de ser mais do que recomendável sua aplicação parcimoniosa pelo magistrado, até mesmo como forma de render homenagem aos princípios inspiradores da Lei, que propugnam pela preservação da empresa, e não o contrário.

Aliás, na vigência da legislação anterior, cujo texto era bastante mais estrito do que o atual, já se podia encontrar notáveis decisões jurisprudenciais procurando obviar a convalidação da concordata em falência. Dentre elas, a tomada pelo TJMG contornando a decretação da quebra preconizada pelo art. 174, inc. I, combinado com o art. 162 do Dec.-lei 7.661/1945, pela não-apresentação das certidões negativas.³¹³ Do mesmo modo, evitava-se a convalidação da concordata em falência por decisão *ex officio* do magistrado, conforme determinava o art. 175, § 8.º da Lei anterior, condicionando-se a sua decretação à existência de requerimento expresso deduzido por algum credor ou pelo Ministério Público.³¹⁴ Na mesma linha, comentando o célebre caso da concordata das Lojas Arapuã, Manoel Justino Bezerra Filho já elogiava

³¹² Art. L 621-82 do Code de Commerce (revogado pela Lei 2005-845, de 26 de julho de 2005, em vigor a partir de 1.º de janeiro de 2006).

³¹³ 1.ª Câm. Civ., AI 1.0435.03.900008-6/0001(1), rel. Des. Eduardo Andrade, j. 13.08.2004.

³¹⁴ 5.ª Câm. Civ., AI, rel. Des. Clarindo Favretto, j. 08.05.2003.

decisão tomada pelo TJSP, buscando evitar a convolação em falência mediante uma tentativa de viabilizar sua recuperação, que, à época, sequer contava com respaldo legal.³¹⁵

Oxalá venham as novas decisões jurisprudenciais destinadas a dar interpretação a este dispositivo acompanhadas da mesma prudência que inspirara aquelas que se opunham à solução simplista da decretação da quebra. Para tanto, basta não olvidar as sábias lições de um saudoso comercialista gaúcho: “A norma jurídica mercantil (como qualquer outra), para ser aplicada, deve ser interpretada. Para isto são válidos os princípios gerais de interpretação da lei, cujo estudo se há de fazer nas obras que disto tratam cumpridamente. Ao estudante de direito comercial apenas convirá apontar particularidades que a interpretação das leis comerciais apresenta. Estas particularidades consistem na relevância que assume, no campo do direito mercantil, o elemento prático, derivado do fato de regular ele relações que se formam constantemente e estão, também, em constante transformação”.³¹⁶

167. A deliberação da Assembléia-Geral de Credores

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

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

Não obstante seja aqui descabido tecer comentários ao disposto no art. 42 da Lei – os quais já terão sido nesta obra oferecidos com maior brilho – parece-nos oportuno trazer algumas observações para melhor compreender a remissão ditada no dispositivo *sub examine*. Em primeiro lugar, importa deixar claro que o *quorum* previsto no art. 42 constitui o *quorum* geral de deliberação da Assembléia-Geral de Credores, no qual computam-se, tão-somente, os credores presentes ao certame. Aliás, adota a Lei, neste particular, critério idêntico àquele, via de regra, aplicável às Assembléias-Gerais de Sociedades Anônimas.³¹⁷ O *quorum* de deliberação é, portanto, o da maior parte dos créditos presentes à Assembléia, o que desde logo torna factível cogitar-se da possibilidade da aprovação de uma proposta de convolação em falência por titulares de uma pequena parte dos créditos do devedor. Colaboraria, para tanto, o fenômeno do absentismo, comum nas Assembléias-Gerais das Sociedades Anônimas, como magistralmente anotado por Garrigues,³¹⁸ cuja ocorrência poderia aqui perfeitamente ser verificada.

Ademais, nada diz o inciso I deste dispositivo acerca da necessidade de fundamentação dessa deliberação da Assembléia-Geral de Credores, o que permite trazer à baila outra questão comumente debatida na seara da regulação jurídica das Assembléias-Ge-

³¹⁵ Exame crítico do projeto da Lei de Falências feito pelo referido autor: Recuperação de empresa ou recuperação do crédito bancário, p. 128-138.

³¹⁶ ESTRELLA, Hernani. *Curso de direito comercial*, p. 40.

³¹⁷ O *quorum* geral de deliberação nas sociedades anônimas consta do art. 129 da Lei 6.404/1976.

³¹⁸ GARRIGUES, Joaquim. *Problemas atuais das sociedades anônimas*, 2.^a Lição, p. 21-36.

rais das Sociedades Anônimas, que diz respeito à necessidade de ser o voto proferido em Assembléia um voto de verdade ou de vontade.

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

Aceito o argumento, abrir-se-ia espaço para o magistrado deixar de aplicar, às cegas, a solução drástica preconizada no *caput* do art. 73. Poder-se-ia cogitar, inclusive, de uma revisão judicial da deliberação assemblear favorável à convocação ou, quiçá, da possibilidade de o juiz da causa interferir mais diretamente no caso (v.g., determinando a realização de nova Assembléia), de sorte a procurar evitar a decretação da falência. Em síntese, parece-nos perfeitamente razoável adotar interpretação que não reduza o juiz à condição de um autômato, aplicando a regra fria contida neste dispositivo da Lei sem atentar aos princípios que a esta inspiram.

168. A não-apresentação do Plano

Diferentemente do inciso anterior, aqui a hipótese de convocação em falência – consistente na não-apresentação tempestiva do Plano de Recuperação pelo devedor – aplica-se tanto ao Procedimento Ordinário quanto ao Simplificado. O prazo assinado pela Lei para a apresentação do Plano – seja ele o ordinário ou o especial – é de 60 (sessenta) dias contados da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial (art. 53, *caput*, da Lei 11.101/2005). Aliás, cumpre anotar que, antes de deferido o processamento do pedido de recuperação, assiste ao devedor o direito de dele desistir, independentemente da aprovação da Assembléia-Geral de Credores, conforme o previsto no art. 52, § 4.º, aplicado *a contrario sensu*. Deferido o processamento, a desistência resta condicionada à deliberação favorável da Assembléia, *ex vi* do art. 35, I, *d*. Disso resulta que, em tais casos, mesmo a não-apresentação do Plano não resulta na decretação da falência do devedor.

As considerações expendidas no ponto anterior nos parecem também suficientes para recomendar cautela ao magistrado no momento de decretar a falência na hipótese de que aqui se cuida. Seria o caso, inclusive, de cogitar-se de eventual prorrogação do prazo, conforme os comentários que fizemos ao art. 71 *supra*, aos quais aqui nos reportamos para evitar tautologia.

169. Rejeição do Plano pela Assembléia-Geral de Credores

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

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

170. Descumprimento de obrigação assumida no Plano

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

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

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

A melhor interpretação do disposto neste art. 73 sugere, portanto, a mitigação da dureza e da inflexibilidade do comando nele contido.³¹⁹ Ao invés de aplicar-se, *in litteram legis*, o que reza a Lei (“o juiz decretará a falência ...”), conviria dar-lhe algum polimento, para ali ler-se “o juiz poderá decretar a falência”, o que melhor se coadunaria com o espírito que deve presidir a aplicação da Lei. Teria sido preferível, portanto, tivesse a Lei aqui seguido a trilha do direito francês.³²⁰

³¹⁹ Como anota Javier Valle, em artigo recentemente publicado na *Revista de Direito Mercantil*, dentre os méritos da nova lei espanhola reside o de conferir salutar dose de discricionariedade ao juiz. VALLE, Javier. Una experiencia comparada reciente: la ley concursal española, p. 100

³²⁰ Art. L621-82 – “Se o devedor não cumprir as obrigações nos prazos fixados no Plano de Recuperação, o Tribunal *pode*, de ofício ou a requerimento de um credor, ouvido o comissário encarregado da execução do Plano, pronunciar a resolução do Plano de Recuperação e decretar a abertura da liquidação judicial [equivalente à falência]” – tradução livre. No original: “Article L621-82 – Si le débiteur n’exécute pas ses engagements dans les délais fixés par le plan, le tribunal peut, d’office ou à la demande d’un créancier, le commissaire à l’exécution du plan entendu, prononcer la résolution du plan et l’ouverture d’une procédure de liquidation judiciaire (...)”.

Ademais, dentre as características mais destacadas da atividade empresária encontra-se a sua dinamicidade. Tendo-se isto bem presente, ainda que orientada pelas melhores análises e estudos, e calcada nos mais abalizados prognósticos econômicos, a confecção do Plano de Recuperação não deixará nunca de encerrar uma certa futurologia, a justificar não se lhe dê tratamento tão rígido quanto o prescrito neste inciso IV. Mais do que oportuna, neste particular, a magistral lição de L. Goldschmidt, constante do pórtico de sua clássica obra sobre a *História do direito comercial*: “Un certo grado di rigidità è un pregio nel diritto civile generale, un difetto nel diritto commerciale”.³²¹

171. Descumprimento de obrigação não sujeita à recuperação judicial

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

A indicação das obrigações abrangidas no Processo de Recuperação Judicial consta do art. 49 da Lei. Tal abrangência é ainda mais restrita no Procedimento Simplificado de Recuperação, como já salientado em nossos comentários anteriores. No mais, importa ter presente que o deferimento da recuperação judicial suspende todas as ações e execuções em face do devedor pelo prazo de até 180 (cento e oitenta) dias contados da data de seu processamento (art. 6.º, § 4.º, da Lei 11.101/2005), daí resultando que mesmo obrigações não sujeitas à recuperação somente poderão ensejar o requerimento direto de falência após o decurso desse prazo previsto na Lei.

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

CARLOS KLEIN ZANINI

A Lei estabelece aqui uma presunção de validade dos atos de administração, endividamento, oneração e alienação praticados durante a recuperação judicial, desde que realizados em conformidade com o que reza a Lei. Trata-se, como se vê, de presunção de natureza relativa – *juris tantum* – que haverá de ceder à eventual comprovação de que a operação não foi praticada *na forma desta Lei*.

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

³²¹ Em tradução livre: a mesma dose de rigidez que é tida como positiva no direito civil constitui defeito no direito comercial. GOLDSCHMIDT, Levin. *Storia universale del diritto commerciale*, p. 13.



Capítulo V DA FALÊNCIA

Seção I Disposições gerais

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

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

CARLOS KLEIN ZANINI

172. A falência como meio, não como fim

Originalmente, foi o instituto da falência concebido sob forte inspiração punitiva. Pressupunha-se, então, a desonestidade do falido, expressa na máxima *decoctor ergo fraudator*. Por conta disso, destacavam-se na falência as normas penais, destinadas à repressão do comerciante fracassado. “As prisões e as penas infamantes eram comuns”, anotou Waldemar Ferreira, ao observar que, em Gênova, os juízes que decretavam a falência haviam-se como *magistrati dei rotti*.³²² Nesse contexto, compreende-se a rigidez dos efeitos que antes se projetavam sobre a pessoa do comerciante, que, decretada a quebra, chegava a ser tido como se morto fosse (*decoctor pro mortuo habetur*).

A evolução dos tempos foi livrando o falido desse estigma. Os efeitos incidentes sobre a pessoa do falido deixaram de ser tão drásticos. Passou ele, inclusive, a conservar sua capacidade jurídica, prosseguindo na administração dos bens não compreendidos na falência, tal como, aliás, expressamente previa o texto do Dec.-lei 7.661/1945 (arts. 41 e 42).³²³

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

A nova Lei, como amplamente noticiado, vem imbuída do propósito de modificar essa realidade. E é precisamente dentro deste espírito que se insere a redação dada ao *caput* do dispositivo em tela, que, abrindo o Capítulo da falência, põe em evidência a

³²² FERREIRA, Waldemar. *Instituições de direito mercantil*, v. 5, p. 16.

³²³ “Art. 41. Não se compreendem na falência os bens absolutamente impenhoráveis. [...] Art. 42. A falência não atinge a administração dos bens dotais e dos particulares da mulher e dos filhos do devedor.”

preocupação da Lei com a preservação da empresa, ainda que seja necessário cometer sua exploração a outro sujeito.³²⁴

De modo absolutamente compatível com os propósitos que a inspiraram, a Lei empresta ao fenômeno do desapossamento do devedor de seus bens uma coloração mais amena, justificando-o como meio necessário para a preservação dos bens da empresa.³²⁵ Lido conjuntamente com o art. 140 – que recomenda seja dada preferência à alienação da empresa no procedimento de realização do ativo – sobressai, em nossa opinião, a mudança de paradigma introduzida pela nova Lei, com a qual a falência não mais é vista como portadora de um fim em si, mas como meio posto a serviço da preservação da empresa, aqui entendida em seu sentido objetivo, como unidade produtiva capaz de assegurar a geração de empregos e riquezas.³²⁶

173. Redundância

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

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

Quiçá um tanto deslocado, trata o parágrafo único de aspecto de natureza exclusivamente processual,³²⁷ preconizando o atendimento pelo processo falimentar dos princípios *da celeridade e da economia processual*.

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

³²⁴ Possibilidade essa de que cogitou abertamente o Parecer do Senador Ramez Tebet: “Assim, é possível preservar uma empresa, ainda que haja a falência, desde que se logre aliená-la a outro empresário ou sociedade que continue sua atividade em bases eficientes”.

³²⁵ Não obstante, mais adiante, no art. 103, a Lei praticamente reprisa a redação antes contida no art. 40 do Dec.-lei: “Art. 103. Desde a decretação da falência ou do seqüestro, o devedor perde o direito de administrar os seus bens ou deles dispor”.

³²⁶ Outra não é a *mens legislatoris* subjacente à edição da Lei, como revela o seguinte trecho extraído do Parecer do Senador Ramez Tebet: “Maximização do valor dos ativos do falido: a lei deve estabelecer normas e mecanismos que assegurem a obtenção do máximo valor possível pelos ativos do falido, evitando a deterioração provocada pela demora excessiva do processo e priorizando a venda da empresa em bloco, para evitar a perda dos intangíveis. Desse modo, não só se protegem os interesses dos credores de sociedades e empresários insolventes, que têm por isso sua garantia aumentada, mas também diminui-se o risco geral das transações econômicas, o que gera eficiência e aumento da riqueza geral”.

³²⁷ Convém recordar, a propósito, não serem poucos os autores que apontam a prevalência, no instituto da falência, do conteúdo processual sobre o material. V. REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*, v. 2, p. 24 e ss.

Poder-se-ia indagar, também, acerca da eficácia prática do dispositivo, uma vez que o atendimento aos princípios da celeridade e da economia processual não pode ser visto como atributo exclusivo de um ou de outro tipo de processo, criando uma categoria de “processo privilegiado”. Assim, visto o processo em sua perspectiva de instrumento destinado à realização da justiça, deve a mesma ser alcançada em tempo razoável, sob pena de inobservar o processo o fim a que se destina. Esta a razão pela qual se tem a economia processual como princípio geral do processo civil, presente nos arts. 154, 244 e 249 do CPC.³²⁸

Nesse sentido, o inciso LXXVIII, acrescido pela EC n. 45/2004 ao elenco de direitos fundamentais do art. 5.º da CF, segundo o qual “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação”, apenas cristaliza algo que, mesmo antes do advento da Emenda, já vinha sendo defendido no âmbito do processo como direito fundamental inerente à própria garantia jurisdicional (José Rogério Cruz e Tucci³²⁹). Dessarte, cingiu-se a Lei de Falências a incorporar idéias típicas do direito processual, como defendido por clássica doutrina (Luigi Paolo Comoglio³³⁰).

É certo, contudo, que as peculiaridades inerentes ao processo de falência (e também ao de recuperação) mais do que justificam o tratamento especial que lhe é dispensado pela Lei no tocante à incidência de tais princípios. A celeridade, aqui, impõe-se como valor inerente à prestação jurisdicional, sob pena de configurar-se o chamado “dano patológico do processo”, ocasionado pela duração exagerada do feito, como faz ver Antonio Didone em monografia recentemente publicada sobre o tema.³³¹

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

Com efeito, as conseqüências far-se-ão sentir na adoção pelo juiz de falência de uma perspectiva instrumentalista da jurisdição, afastando-se o formalismo exagerado em prol da efetividade da jurisdição, conforme defendido no Brasil por Cândido R. Dinamarco.³³² Daí decorre a subordinação da teoria da nulidade dos atos processuais no processo falimentar à ocorrência de um efetivo prejuízo e ao não-atingimento das finalidades legais. Da mesma forma, ficam as providências probatórias subordinadas a um juízo de estrita necessidade, não se admitindo qualquer tipo de medida procrastinatória.

Nesse sentido, deve a dicção empregada neste dispositivo ser lida como alerta destinado aos sujeitos processuais, no sentido de que o processo tem uma finalidade que deve ser objetivamente alcançada, reprimindo-se qualquer conduta que o desvie de seu objetivo.

³²⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 2, p. 68.

³²⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*.

³³⁰ Il principio di economia processuale.

³³¹ DIDONE, Antonio. *Equa riparazione e ragionevole durate del giusto processo*.

³³² DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*.

Art. 76. O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo.

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

CARLOS KLEIN ZANINI

175. A universalidade e indivisibilidade do juízo e o processo de recuperação

Em comentário recentemente publicado sobre a nova Lei, foi sustentada por Waldo Fazzio Jr. a aplicabilidade do princípio da indivisibilidade ao processo de recuperação, *verbis*: “O princípio da indivisibilidade do juízo concursal está consagrado na lei, quando preceitua (art. 76) que o juízo da falência e da recuperação é indivisível e competente para todas as ações e reclamações sobre bens, interesses e negócios do devedor”.³³³ Com a devida *venia*, não comungamos da mesma opinião.

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

Colabora também para demonstrar tal inaplicabilidade a semelhança existente entre o atual dispositivo e o contido no Decreto-lei, assim vazado: “Art. 7.º [...] § 2.º O juízo da falência é indivisível e competente para todas as ações e reclamações sobre bens, interesses e negócios da massa falida, as quais serão processadas na forma determinada nesta Lei”.

E isto porque, na vigência da lei anterior, restou bem assentada pela jurisprudência a inaplicabilidade do princípio em tela ao processo de concordata, como ilustram arestos oriundos de diversos Tribunais Estaduais.³³⁴ Posição essa respaldada nas lições

³³³ FAZZIO JR., Waldo. *Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*.

³³⁴ Neste sentido: TJRS: “Processual civil e comercial. Competência. Concordata. Inexistência de juízo universal. 1. Não se instaura, com a concordata, o juízo universal próprio da falência (art. 7.º, § 2.º, do Dec.-lei 7.661/1945), motivo por que as ações contra o concordatário, por obrigações ilíquidas, prosseguem e observam a competência comum. 2. Dúvida procedente” (Dúvida de Competência 596035402, 2.ª T. Cív., rel. Des. Araken de Assis, j. 28.06.1996); TJSP: “Conflito de competência. Ação de anulação de títulos de crédito cumulada com reparação de danos. Concordata. Inexistência de *vis attractiva*. Competência do suscitado. O juízo da concordata não exerce atração sobre as demais ações” (Conflito de Competência 97.700-0/00-0, Câm. Esp., rel. Des. Jesus Lofrano, j. 02.06.2003); TJMG: “...a concordata, seja suspensiva, seja preventiva como a relacionada com os agravados autores, não tem na lei [sic] específica (7.661/1945), ressalvada a hipótese do art. 154, o mesmo tratamento sobre unidade e universalidade de juízo que foi dispensado à falência (arts. 7.º, § 2.º, e 56), de modo que, em circunstância como a dos autos, não há prevenção ou vinculação, *ex vi attractiva*, do juízo estadual da concordata preventiva para a ação cautelar inominada em que houve a decisão agravada” (Agravo de Instrumento 1.0000.00.191001-7/000 (1), 5.ª Câm. Cív., rel. Des. Aluizio Quintão, j. 21.12.2000); e TJRJ: “Conflito negativo de competência. Concordata preventiva. Ação de reparação de danos. Juízo universal da falência. O princípio da indivisibilidade da falência não se aplica às ações ajuizadas durante o período de concessão da

de Trajano de Miranda Valverde: “Esse instituto é típico da falência, que, pela sua natureza de concurso universal, abrange todos os credores do devedor comerciante. Por isso é que, no absoluto rigor técnico, não se pode falar em ‘Juízo Universal’ na concordata, a qual abrange somente os credores quirografários. Não seria razoável entender, portanto, que o Juízo da concordata fosse, em decorrência do art. 7.º, competente para julgar os feitos não sujeitos ao favor legal. Como a igualdade entre todos os credores é que impõe a necessidade de se manterem todos os feitos no juízo falimentar, percebe-se que tal fato não ocorre na concordata preventiva, que abrange apenas os credores quirografários”.³³⁵

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

176. Abrangência da universalidade e indivisibilidade

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

Todavia, conforme assinalava José da Silva Pacheco, essa indivisibilidade e universalidade do juízo da falência não era completa no texto do Decreto-lei.³³⁶ E, na Lei, segue não sendo. Vale dizer, a *vis attractiva* da falência continua não sendo absoluta. Não arrasta a todos os processos. Impõe-se, por conseguinte, a delimitação precisa de sua abrangência, a fim de se identificar quais processos – e em que situações – resistem à atração do juízo falimentar, seguindo seu trâmite normal.

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

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

concordata preventiva. Exegese do art. 7.º da Lei de Falências [refere-se ao Dec.-lei 7.661/1945]. Procedência do conflito para estabelecer a competência do suscitado, Juízo de Direito da 1.ª Vara Cível, da Regional do Méier. Unânime” (Conflito de Competência 2004.008.00472, 3.ª Câm. Cív., rel. Des. Murilo Andrade de Carvalho, j. 14.12.2004).

³³⁵ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 1, p. 145.

³³⁶ PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata*, p. 230.

177. Critério material

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

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

Igualmente se encontram excepcionadas no *caput* as causas “não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo”. O texto é quase igual ao contido no Dec.-lei, que assim dispunha: “Art. 7.º [...] § 3.º Não prevalecerá o disposto no parágrafo anterior para as ações, não reguladas nesta Lei, em que a massa falida seja autora ou litisconsorte”.

Traz, contudo, duas pequenas diferenças dignas de nota. Em primeiro lugar, a Lei trata agora de explicitar que é somente a condição de litisconsorte ativo que afasta a causa da *vis attractiva* da falência, pondo fim às cogitações antes autorizadas pela redação imprecisa adotada no Decreto-lei quanto à sua aplicação também aos casos de litisconsórcio passivo.³³⁷ Por segundo, a Lei substitui a expressão massa falida por falido, o que se mostra tão discutível quanto, do ponto de vista prático, irrelevante. Tal exceção encontra justificativa mais do que razoável na absoluta inconveniência de se obrigar a massa a demandar contra terceiros sempre no juízo da falência, o que, além de subverter as regras naturais da competência jurisdicional, tenderia a vir em seu desfavor, retardando a tramitação do feito. Isto sem falar no sacrifício desmedido que se poderia impor aos sujeitos passivos da ação.

Quanto às ações de interesse da União, autarquias e empresas públicas federais, aplica-se a ressalva contida no próprio art. 109, I, da CF,³³⁸ o que as torna suscetíveis à força atrativa emanada do juízo da falência. Vale ressaltar, contudo, ter prevalecido na jurisprudência do STJ interpretação bastante restritiva quanto ao alcance da exceção

³³⁷ José da Silva Pacheco já demonstrava, no entanto, que mesmo na vigência do Dec.-lei a interpretação corrente dada a esse dispositivo tomava-o no sentido de excepcionar da universalidade própria do juízo falimentar apenas as hipóteses de litisconsórcio ativo (PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata*, p. 179-180). Equivocada, portanto, a anotação feita por Fábio Ulhoa Coelho, no sentido de que “a [lei] anterior também ressalvava, por não discriminar a hipótese, o litisconsórcio passivo” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*, p. 200).

³³⁸ “Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho [...]” (grifou-se).

inserta no preceito constitucional, que somente teria aplicação às causas *de falência*, entendidas como “aquela [s] em que se pede a decretação da quebra”.³³⁹

178. Critério temporal

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

179. Prosseguimento das ações com o administrador judicial

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

180. Ações de despejo e ações possessórias ajuizadas contra a massa

Antes do advento da Lei, controvertia-se acerca do alcance da *vis attractiva* do juízo falencial em relação a determinadas espécies de causas, com destaque para as ações possessórias e de despejo propostas contra a massa. Muito freqüentemente, a jurisprudência excepcionava-as da indivisibilidade do juízo falimentar, como se observa, a propósito, das seguintes decisões proferidas pelo STJ: “Usucapião especial. Ação promovida contra massa falida. Competência do foro da situação do imóvel. Nos casos de foro especialmente previsto em lei, como no caso do usucapião especial – Lei 6.969/1981, art. 4.º, não prevalece o foro dito universal da falência, como previsto no art. 7.º, §§ 2.º e 3.º, do Dec.-lei 7.661/1945. Conflito de competência conhecido, declarando-se competente o juízo suscitado, da situação do imóvel”.³⁴⁰

³³⁹ “Competência. Conflito. Ação ajuizada por empresa pública federal contra massa falida. Precedentes da seção. Competência da Justiça Federal. Não se tratando de causa de falência, assim entendida aquela em que se pede a decretação da quebra ou é regulada pela lei respectiva, a competência para as ações em que figure como autora, ré, assistente ou oponente a União, autarquia ou empresa pública federal, é da Justiça Federal, ainda que movimentada contra massa falida” (Conflito de Competência 16.115/RS – rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – j. 23.10.2002). Em igual sentido: “Competência. Empresa pública federal. Causa movimentada contra massa falida por empresa pública federal. Não se tratando de causa de falência, a competência é da Justiça Federal, segundo a regra do art. 109, I, da Constituição. Conflito conhecido, declarando-se competente o MM. Juiz Federal da 4.ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul” (Conflito de Competência 22383 (199800366830), rel. Min. Paulo Costa Leite, j. 23.09.1998).

³⁴⁰ Conflito de Competência 2136/SP (91.0011764-1), rel. Min. Athos Carneiro, j. 25.03.1992.

“REsp. Comercial. Civil. Falência. Locação. Despejo. Juízo competente. A ação de despejo não é atraída pelo Juízo Universal da falência. Aqui, reúnem-se passivo e ativo do falido, a fim de os credores receberem o mesmo tratamento. A ação de despejo tem finalidade e conteúdo diversos”.³⁴¹

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

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

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

CARLOS KLEIN ZANINI

181. Diploma anterior

A redação dada a este artigo mostra-se muito semelhante àquela anteriormente utilizada no Decreto-lei, segundo a qual “a falência produz o vencimento antecipado de todas as dívidas do falido e do sócio solidário da sociedade falida, com o abatimento dos juros legais, se outra taxa não tiver sido estipulada” (art. 25, *caput*). Como se vê, as diferenças são mínimas, ainda mais quando se tem presente que a conversão dos créditos em moeda estrangeira para a moeda nacional também vinha determinada pelo art. 213 do Dec.-lei 7.661/1945.

182. Abatimento dos juros

Ainda na vigência do Decreto-lei, anotara Pontes de Miranda que “a solução do abatimento assenta a convicção geral de que todo credor a prazo somou à prestação

³⁴¹ REsp 64.804-1/MG (95.0020910-1), rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 28.08.1995.

que seria a prestação à vista os juros convencionados ou os legais”.³⁴² Diferentemente do Decreto-lei, a Lei não mais se refere ao “abatimento dos juros legais” (art. 25 *caput*), limitando-se a prescrever o “abatimento proporcional dos juros”. Surge, então, a primeira questão a ensejar reflexão. Teria andado bem a nova Lei ao excluir a referência feita ao abatimento dos juros legais? Mais: qual seria a taxa de juros a ser utilizada para promover o abatimento?

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

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

183. Créditos em moeda estrangeira

Dentre as inovações trazidas pela nova Lei, encontra-se a instituição de um regime diferenciado de tratamento para os créditos do devedor denominados em moeda estrangeira, conforme estejam eles sujeitos à falência ou à recuperação judicial. No texto do Decreto-lei, fosse o caso de falência ou de concordata, havia um único tratamento: a conversão dos créditos em moeda estrangeira em moeda nacional pela taxa de câmbio do dia em que declarada a falência ou mandada processar a concordata preventiva.³⁴³ Estabelecia-se, dessarte, na vigência do Decreto-lei, a moeda nacional como a moeda única de pagamento tanto na falência quanto na concordata.

A Lei institui agora dois regimes distintos de tratamento para os créditos denominados em moeda estrangeira. No processo de recuperação, prevê-se, de regra, a manutenção de sua indexação tal como originariamente contratada (art. 50, § 2.º).³⁴⁴ De outra parte, na falência, como se observa da redação do art. 77, adota-se regra idêntica à vigente no regime anterior do Decreto-lei, que determinava a conversão do crédito denominado em moeda estrangeira em moeda nacional pela taxa de câmbio praticada no dia em que judicialmente decretada a falência.

³⁴² MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, v. 28, p. 209.

³⁴³ “Art. 213. Os créditos em moeda estrangeira serão convertidos em moeda do País pelo câmbio do dia em que for declarada a falência ou mandada processar a concordata preventiva, e só pelo valor assim estabelecido serão considerados para todos os efeitos desta Lei”.

³⁴⁴ “Art. 50. [...] § 2.º Nos créditos em moeda estrangeira, a variação cambial será conservada como parâmetro de indexação da correspondente obrigação e só poderá ser afastada se o credor titular do respectivo crédito aprovar expressamente previsão diversa no plano de recuperação judicial”.

184. Taxa de câmbio a ser utilizada

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

Escrevendo sob a égide do Decreto-lei, propugnava Trajano de Miranda Valverde pela utilização da taxa média praticada no mercado no dia da conversão: “Não havendo cotação nesse dia, prevalecerá a imediatamente anterior. Se a cotação variou no mesmo dia, tomar-se-á por base a média do mercado nessa data”.³⁴⁵

Por sua vez, já manifestando-se sobre a nova Lei, Fábio Ulhoa Coelho aponta para diversas alternativas, devendo o juiz “definir os critérios para identificar a taxa de câmbio que, no dia da falência, será observada na conversão. Pode fazê-lo, por exemplo, determinando o valor divulgado por veículo jornalístico de boa reputação ou mesmo indicando certa instituição financeira e elegendando a taxa do fechamento das operações daquele dia”.³⁴⁶

Diante da imprecisão da Lei, seria de todo oportuno alcançar-se uma posição de consenso em torno de uma única taxa de câmbio a ser empregada para a conversão das dívidas determinada pelo dispositivo. Que, em nossa opinião, para dívidas expressas em dólares norte-americanos, deveria ser a PTAX, definida pelo Banco Central como a “taxa média de todos os negócios com dólares realizados naquela data no mercado interbancário de câmbio, com liquidação em D2”.³⁴⁷

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

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

CARLOS KLEIN ZANINI

185. Diploma anterior

São poucas – e, na prática, de diminuto relevo – as modificações introduzidas por este artigo em relação ao dispositivo anteriormente em vigor: “Art. 202. Os pedidos de falência e os de concordata preventiva estão sujeitos a distribuição obrigatória, segundo a ordem rigorosa da apresentação. Esses pedidos serão entregues, imediatamente, pelo distribuidor ao escrivão a quem houverem sido distribuídos. [...] “§ 2.º As ações que devam ser propostas no juízo da falência estão sujeitas à distribuição por dependência, para o efeito do registro”.

³⁴⁵ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 3, p. 130.

³⁴⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*, p. 204.

³⁴⁷ Disponível em: <<http://www.bc.gov.br/glossario>>. Acesso em: 12.04.2005.

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

A *ratio* que lhe era subjacente residia, como observava Trajano de Miranda Valverde, no fato de que até o advento do Dec. 5.746/1929, vigorava o regime da distribuição facultativa, em que assistia à parte o direito de escolher, em uma mesma circunscrição territorial que contasse com dois ou mais juízes, a qual deles seria distribuída a ação.³⁴⁸

186. Efeitos

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

Resta, entretanto, a preocupação do legislador em cercar o ato da mais absoluta lisura, o que é complementado pelo disposto no parágrafo único, em linha com a atual redação do inc. II do art. 253 do CPC, fazendo persistir a dependência mesmo quando extinto o processo sem resolução do mérito. Como se vê, busca-se não só evitar decisões discrepantes, como eventual má-fé do requerente. Daí, segue-se que, mesmo havendo desistência do pedido, o juízo estará prevento para conhecer dos subseqüentes.

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

CARLOS KLEIN ZANINI

187. Diploma anterior

O artigo praticamente repete o da legislação anterior,³⁴⁹ apresentando apenas uma diferença, que nos parece negativa, ao deixar de prescrever sua aplicabilidade ao processo de recuperação judicial, tal qual preconizava o texto antigo em relação à concordata. Tem aqui integral cabimento, por conseguinte, a crítica já feita ao comentarmos o disposto no art. 75, uma vez que melhor teria sido situar tal dispositivo – ou dar-lhe outra redação – de modo a abarcar, indiscutivelmente, também o processo de recuperação judicial.

188. Função

A similitude entre o atual preceito e o anterior mais do que recomenda a leitura dos comentários que foram endereçados ao art. 203 do Dec.-lei 7.661/1945 por Trajano de Miranda Valverde: “A necessidade de se pôr termo em tempo breve aos processos de falência e de concordata preventiva e seus incidentes dita a medida contida no art. 203

³⁴⁸ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 3, p. 114.

³⁴⁹ “Art. 203. Os processos de falência e de concordata preventiva e dos seus incidentes preferem a todos os outros na ordem dos feitos, em qualquer instância”.

[do Dec.-lei 7.661/1945]. Estabelecida a ordem dos feitos para despacho, ou decisão definitiva, tais processos preferem aos demais, tanto em primeira, como em segunda instância”.³⁵⁰ Os efeitos ditados pelo dispositivo alcançam também todos os incidentes ao processo de falência, tais como a ação revocatória (art. 130), o pedido de restituição (art. 85), os embargos de terceiros (art. 93), e as demais ações relativas a habilitações, modificações e exclusões de créditos da falência (art. 6.º).

189. Eficácia prática

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

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

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

CARLOS KLEIN ZANINI

190. Diploma anterior

Tirante alguns ajustes, o texto em comento praticamente repete o do Dec.-lei 7.661/1945, *verbis*: “Art. 153. Os credores anteriores à concordata, independentemente de nova declaração, concorrerão à falência pela importância total dos créditos admitidos, deduzidas as quantias que tiverem recebido na concordata [...]”.

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

191. Efeitos

Basicamente, pode-se dizer que o artigo em questão trata dos efeitos produzidos pela convocação da recuperação judicial em falência em relação aos créditos já incluídos no Quadro-Geral de Credores. Nesse sentido, quiçá fora melhor tivesse tal dispositivo sido inserido no capítulo específico dedicado à convocação da recuperação em falência, a exemplo do que se dava no contexto do Decreto-lei, em que o artigo que lhe era correspondente (art. 153) situava-se logo após aqueles tendo por objeto a rescisão da concordata. De qualquer sorte, a regra é absolutamente razoável. É que, fracassando o plano de recuperação, e convocada a recuperação em falência, nada poderia ser mais lógico do que se evitar a discussão acerca da qualidade daqueles créditos já definitivamente inscritos no Quadro-Geral de Credores,

³⁵⁰ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 3, p. 115.

até mesmo porque as regras aplicáveis à verificação e habilitação dos créditos são comuns tanto à recuperação judicial quanto à falência, estando inseridas no Capítulo II da Lei. O que se deve entender, contudo, por crédito remanescente definitivamente incluído no Quadro-Geral de Credores? Em primeiro lugar, é necessário, por óbvio, não tenha sido o crédito integralmente satisfeito no processo de recuperação. Há de remanescer pendente de pagamento, portanto, ao menos parte do crédito. Quanto à condição de estarem definitivamente incluídos no Quadro-Geral de Credores, parece-nos, *in casu*, que somente poderão ser assim considerados aqueles créditos constantes do Quadro-Geral assinado pelo juiz e pelo administrador judicial, conforme o disposto no parágrafo único do art. 18. É de se indagar, no entanto, se haverão de ser tidos como definitivamente incluídos neste Quadro-Geral os créditos declarados com amparo em decisões liminares proferidas em agravos de instrumento, com base no art. 17 da Lei e respectivo parágrafo. Afinal, em tais casos, não se está diante de uma inclusão definitiva, mas também não se pode pretender esvaziar a possibilidade de concessão de efeito suspensivo, a critério do relator do agravo, conforme faculdade expressamente prevista no texto da Lei.

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

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

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

CARLOS KLEIN ZANINI

192. Direito anterior

Conforme previsto no *caput*, a decretação da falência da sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis produz agora uma alteração no seu estado, que passam a ser considerados tão falidos quanto a própria sociedade da qual fazem parte. Tal sistemática difere da anteriormente adotada no Decreto-lei, que expressamente resguardava a posição desses sócios, *ex vi* do disposto no art. 5.º, *caput*, do Dec.-lei, *verbis*: “Art. 5.º Os sócios solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações sociais não são atingidos pela falência da sociedade, mas ficam sujeitos aos demais efeitos jurídicos que a sentença declaratória produza em relação à sociedade falida. Aos mesmos sócios, na falta de disposição especial desta Lei, são extensivos todos os direitos e, sob as mesmas penas, todas as obrigações que cabem ao devedor ou falido [...]”.

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

O tema é de fato polêmico; e não é novo, já tendo sido assim retratado na Exposição de Motivos do Dec.-lei 7.661/1945: “A reação dos juristas perante a não extensão da falência da sociedade aos sócios solidários situou o problema entre duas orientações extremas.

Alguns entendem que, provocando a falência uma completa fusão dos patrimônios da sociedade e dos sócios frente ao passivo social, não se justifica a isenção dos sócios daquele estado. Outros, inspirados no conceito de empresa que a moderna doutrina vem cristalizando, julgam possível uma integral separação entre a empresa e o seu titular, sugerindo que o sujeito passivo da falência seja aquela e não este. Em tal concepção, não só o sócio ficaria isento de falência, como, ainda, o comerciante individual não seria declarado falido. Entre os que propugnam pelo sistema tradicional e os que pretendem antecipar, na lei, o advento do conceito ainda em formação na doutrina, o projeto se manteve na justa medida do sistema da personalidade jurídica consagrada na lei civil. (...) Dentro desse conceito, a solidariedade dos sócios toma sentido tão acentuadamente patrimonial que não justifica lhes seja estendido o estado de falência da sociedade”.³⁵¹

A alteração introduzida pelo Dec.-lei 7.661/1945 foi bem recebida por Trajano de Miranda Valverde, que considerava a lei por ele revogada como sendo *contra rationem juris*. Ainda sem adentrar o mérito da modificação ora implementada, uma coisa já é certa: a nova Lei, neste particular, traz consigo um retrocesso.

193. Direito comparado

A sistemática agora adotada na Lei não destoia da encontrada no direito comparado. A legislação francesa,³⁵² por exemplo, prescrevia a extensão da falência aos sócios ilimitada e solidariamente responsáveis, determinando, ainda, a abertura de um procedimento específico para cada um.³⁵³ A nova Lei espanhola de 2002 igualmente determina que “(...) la quiebra de la sociedad importa la quiebra de sus socios con responsabilidad ilimitada”.³⁵⁴ Do mesmo modo, reza o art. 147 da Lei italiana que “a sentenza que decreta a falência da sociedade com sócios de responsabilidade ilimitada produz também a falência dos sócios ilimitadamente responsáveis”.³⁵⁵

194. Diminuta aplicabilidade do dispositivo

Conquanto ofereça tema altamente instigante para qualquer estudioso do direito comercial, cumpre reconhecer o reduzido alcance do dispositivo. Aliás, se fôssemos seguir à risca os sábios ensinamentos de Vivante,³⁵⁶ procurando divisar sua importância prática,

³⁵¹ Exposição de motivos do Dec.-lei 7.661/1945. Apud VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 3, p. 296.

³⁵² “Art. L624-1. Le jugement qui ouvre le redressement ou la liquidation judiciaires de la personne morale produit ses effets à l’égard de toutes les personnes membres ou associées de la personne morale et indéfiniment et solidairement responsables du passif social. Le tribunal ouvre à l’égard de chacune d’elles une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire selon le cas”.

³⁵³ V. RIPERT, Georges, e ROBLOT, René. *Traité de droit commercial*, v. 2, p. 872.

³⁵⁴ *Ley de Quiebras*, de 16.05.2002, art. 160.

³⁵⁵ No original: “147. Società con soci a responsabilità illimitata. La sentenza che dichiara il fallimento della società con soci a responsabilità illimitata produce anche il fallimento dei soci illimitatamente responsabili”.

³⁵⁶ “Non si avventurino mai in alcuna trattazione giuridica se non conoscono a fondo la struttura tecnica e la funzione economica dell’istituto che è l’oggetto dei loro studi. Raccolgano nelle borse, nelle banche, nelle agenzie, nelle società commerciali, nelle cancellerie giudiziarie il materiale necessario per intendere quella struttura e quelle funzioni. È una slealtà scientifica, è un difetto di probità parlare di un istituto per fissarne la disciplina giuridica senza conoscerlo a fondo nella sua realtà” (VIVANTE, Cesare. *Tratatto di diritto commerciale*, v. 1., prefácio, p. 10).

talvez devêssemos encerrar por aqui nossos comentários ao artigo, ante a raríssima utilização de tipos societários desprovidos do instituto da limitação da responsabilidade.

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

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

195. Efeitos restritos à decretação de falência

Seguindo orientação adotada nos demais artigos deste Capítulo, regula o *caput* apenas os efeitos produzidos pela decisão que decreta a falência, silenciando acerca da que defere a recuperação judicial. O modelo adotado difere, portanto, do francês, em que a extensão da mudança de *status* aos sócios ilimitadamente responsáveis ocorre tanto na decretação da falência quanto no deferimento da recuperação.³⁵⁷

196. Parágrafo primeiro: retroação dos efeitos

A redação deste parágrafo praticamente repete a utilizada no parágrafo único do art. 5.º do Dec.-lei 7.661/1945.³⁵⁸ Basicamente, dita uma retroação dos efeitos da decretação da falência, tornando ineficaz a retirada voluntária ou a exclusão do sócio ilimitadamente responsável operada há menos de dois anos com relação às dívidas existentes na data do arquivamento da alteração do contrato não solvidas até a decretação da falência.³⁵⁹ Diante da redação adotada, impõem-se algumas observações. Em primeiro lugar, o texto não parece alcançar o sócio que tenha alienado sua participação na sociedade, limitando-se àquele que tenha *se retirado voluntariamente ou que tenha sido excluído da sociedade*. Por segundo, a Lei limita a retroação ao prazo máximo de dois anos, contado da data de decretação da falência. E, por último, restringe os efeitos da retroação à responsabilização

³⁵⁷ Vide nota de rodapé 235.

³⁵⁸ “Art. 5.º [...] Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se ao sócio de responsabilidade solidária que há menos de 2 (dois) anos se tenha despedido da sociedade, no caso de não terem sido solvidas, até a data da declaração da falência, as obrigações sociais existentes ao tempo da retirada. Não prevalecerá o preceito, se os credores tiverem consentido expressamente na retirada, feito novação, ou continuado a negociar com a sociedade, sob a mesma ou nova firma.”

³⁵⁹ O dispositivo encontra equivalente na Lei espanhola: “Art. 160. Socios con responsabilidad ilimitada. La quiebra de la sociedad importa la quiebra de sus socios con responsabilidad ilimitada. También implica la de los socios con igual responsabilidad que se hubiesen retirado o hubieren sido excluidos después de producida la cesación de pagos, por las deudas existentes a la fecha en la que el retiro fuera inscrito en el Registro Público de Comercio, justificadas en el concurso”.

do sócio apenas quanto às dívidas existentes na data da alteração do contrato que não tenham sido solvidas até a decretação da falência. O que, em nossa opinião, bem revela a impropriedade de se falar em uma alteração de estado do sócio – que passa a ser havido como falido –, ao invés de se remanescer adstrito à seara dos efeitos patrimoniais, a exemplo do que se verificava na legislação anterior.

197. Parágrafo segundo: representação

Reproduz-se, aqui, o antes contido no art. 37 do Dec.-lei.³⁶⁰ Parece-nos, contudo, que está agora mal localizado, uma vez que seus efeitos não se restringem à representação da sociedade falida ilimitadamente responsável. Por conseguinte, mais conforme à boa técnica legislativa teria sido vir não como parágrafo, mas como dispositivo autônomo.

198. Procedimento

O *caput* prescreve a citação de todos os sócios ilimitadamente responsáveis, que poderão, querendo, apresentar contestação. Como se vê, é caso de litisconsórcio passivo necessário, instituído por expressa disposição de lei (art. 47 do CPC), em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos. A existência do litisconsórcio necessário revela tratar-se de um único processo. A melhor regulação, contudo, parece ser a da lei italiana (art. 148), que prevê a nomeação de um único juiz e um único curador, embora admissível a nomeação de mais de um Comitê de Credores.

199. Considerações *de lege ferenda*

O fato de a extensão automática da falência ao sócio ilimitadamente responsável estar prevista em profusão no direito comparado não deve desencorajar a reflexão crítica. Até mesmo porque, mesmo nos países que a adotam, reconhece-se na doutrina sua incompatibilidade com princípios muito caros ao direito societário, como assevera Giuseppe Ferri: “O sistema da lei não encontra justificativa em considerações de ordem lógica, mas sim de ordem prática”.³⁶¹

Em uma das melhores monografias dedicadas ao tema, Alessandro Nigro observa ser a extensão da falência em relação ao sócio originária das sociedades familiares, em que sua decretação produzia efeitos em relação a todos os familiares do sócio falido, incluindo cônjuge, ascendentes e descendentes.³⁶²

³⁶⁰ “Art. 37. Ressalvados os direitos reconhecidos aos sócios solidariamente responsáveis pelas obrigações sociais, as sociedades falidas serão representadas na falência pelos seus diretores, administradores, gerentes ou liquidantes, os quais ficarão sujeitos a todas as obrigações que a presente Lei impõe ao devedor ou falido, serão ouvidos nos casos em que a lei prescreve a audiência do falido, e incorrerão na pena de prisão nos termos do art. 35 (...)”.

³⁶¹ Tradução livre do original: “Il sistema della legge non trova tanto una giustificazione in considerazioni di ordine logico, quanto in considerazioni di ordine pratico” (FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*, p. 593).

³⁶² Neste sentido: “Come è noto, il principio di soggezione al fallimento del socio illimitatamente responsabile è sorto e si è sviluppato con riferimento essenzialmente alle società di persone, delle quali la responsabilità illimitata di tutti o di alcuni dei soci rappresenta un connotato essenziale; ciò spiega perchè il discorso venga condotto con riferimento pressochè esclusivo, in questa parte, a quel tipo di società, anche se pur nelle società di capitali è dato di ritrovare la figura del socio illimitatamente responsabile, come nelle accomandite per azioni” (NIGRO, Alessandro. *Il fallimento del socio illimitatamente responsabile*, p. 11).

Diversas objeções podem ser opostas à extensão da falência agora introduzida na Lei. Primeiramente, há de se reconhecer que a extensão da falência ao sócio pode resultar em uma decretação de quebra absolutamente *sui generis*, ante a absoluta ausência de um estado de insolvência do devedor. Tal circunstância, aliás, não passou despercebida a Alessandro Nigro, que observou ser possível, em tais casos, fosse um determinado sujeito (o sócio) alcançado pela falência sem que se encontrasse em condição de insolvência ou insolvabilidade.³⁶³ A extensão automática da falência ao sócio igualmente investe contra a autonomia patrimonial da sociedade, fazendo *tabula rasa* da separação existente entre o patrimônio do sócio e o da sociedade, o que se constitui em preceito elementar do direito societário. É que, mesmo em se tratando de sócios de responsabilidade ilimitada, sua responsabilidade é sempre de natureza subsidiária em relação à da sociedade, recomendando-se, por conseguinte, o prévio exaurimento do acervo da sociedade antes de se buscar o patrimônio pessoal do sócio. O que, obviamente, resta inobservado na sistemática da extensão automática da falência ora introduzida na Lei.

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

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

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

CARLOS KLEIN ZANINI

200. Diploma anterior

Se a redação adotada no art. 81 não foi das mais felizes, o mesmo não se pode dizer da reformulação ditada pela Lei para este dispositivo. Embora não altere significativamente as regras do Decreto-lei, é indubitável que a nova redação mostra-se, do ponto de vista de sua precisão técnica, bastante superior à que a antecedia, a qual assim dispunha: “Art. 6.º A responsabilidade solidária dos diretores das sociedades anônimas e dos gerentes das sociedades por cotas de responsabilidade limitada, estabelecida nas respectivas leis; a dos sócios comanditários (Código Comercial, art. 314), e a do sócio oculto (Código Comercial, art. 305), serão apuradas, e tornar-se-ão efetivas, mediante processo ordinário, no juízo da falência, aplicando-se ao caso o disposto no art. 50, § 1.º [...]”.

Todavia, errou a Lei ao não ter adotado comando equivalente ao art. 50 do Dec.-lei, que tratava da chamada ação de integralização, tendo por objeto compelir o sócio de responsabilidade limitada a efetivar o aporte do saldo do capital social subscrito e não-integralizado, pelo qual responde solidariamente.³⁶⁴

³⁶³ Idem, *ibidem*, p. 71.

³⁶⁴ “Art. 50. Os acionistas e os sócios de responsabilidade limitada são obrigados a integralizar as ações ou cotas que subscreveram para o capital, não obstante quaisquer restrições, limitações ou condições

201. Hipóteses de responsabilidade pessoal

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

202. Responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada

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

De regra, a responsabilidade dos sócios da sociedade limitada encontra-se *restrita ao valor de suas quotas* (art. 1.052 do CC). Prevê-se, contudo, duas exceções: a responsabilidade solidária do sócio pelo aporte do saldo de capital social subscrito e não-integralizado (art. 1.052, *in fine*); e a responsabilidade pessoal do sócio decorrente da prática de atos ilícitos, tomada aqui a ilicitude no sentido de atos praticados em contrariedade ao Direito,³⁶⁵ o que, no caso específico das limitadas, importaria dizer a prática de atos contrários ao disposto no contrato social e/ou na legislação de regência (art. 1.080 do CC), podendo ser apontada, a título exemplificativo, a obrigação de reposição dos dividendos e quantias retiradas da sociedade em detrimento do capital social (art. 1.059 do CC).

No caso das sociedades anônimas, tem-se um regime geral de responsabilidade do acionista ainda mais estrito, que apenas responde, como preceitua a Lei 6.404/1976 (art. 1.º), pelo preço de emissão das ações por ele subscritas ou adquiridas, inexistindo a figura da solidariedade pelo aporte da parcela de capital social subscrita e não-integralizada pelos demais acionistas, tal como se verifica na limitada.³⁶⁶ A Lei das Sociedades por Ações dispõe, no entanto, acerca de diversas outras hipóteses nas quais se admite a responsabilização pessoal do acionista, tais como a decorrente da obrigação de o acionista restituir dividendos recebidos de má-fé (art. 201, § 1.º) e a responsabilidade do acionista pela integridade dos bens conferidos à sociedade (art. 10).

203. Responsabilidade dos controladores

Ao tratar da responsabilidade dos controladores e administradores, a Lei não mais adota redação restritiva, aplicando-se, por conseguinte, aos controladores de quaisquer

estabelecidas nos estatutos ou no contrato da sociedade [...]”. Neste particular, acertada a crítica de COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*, p. 211.

³⁶⁵ Para Pontes, a ilicitude reside na contrariedade ao direito, *verbis*: “Conceito de fatos jurídicos ilícitos. Quando o fato contrário a direito acontece e alguém responde por ele, há ilicitude” (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, p. 235).

³⁶⁶ Art. 1.052 do CC.

tipos societários, como revela o emprego da locução “dos controladores e dos administradores da sociedade falida”. É certo, contudo, que apenas a Lei das Sociedades por Ações cuidou de regular especificamente a responsabilidade do acionista controlador, fazendo-o mediante o elenco exemplificativo trazido no art. 117 das condutas subsumíveis à figura do abuso do poder de controle. Descabe aqui, por óbvio, comentá-las individualmente, o que bem renderia um livro.

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

204. Responsabilidade dos administradores

Quanto ao terceiro sujeito passível de responsabilização, adota a Lei o conceito de administradores, em substituição à referência anteriormente feita aos “diretores das sociedades anônimas e gerentes das sociedades por cotas de responsabilidade limitada”. E o fez bem, porque compreende-se por *administradores* todos aqueles encarregados da administração da sociedade limitada e da sociedade anônima, o que, no caso dessa última, abrange tanto os diretores quanto os membros do Conselho de Administração (art. 138 da Lei 6.404/1976). Aliás, a redação antes empregada no Decreto-lei – que se referia apenas aos *diretores das sociedades anônimas* – se explicava pelo fato de ter sido o mesmo editado ao tempo em que não se havia ainda introduzido no direito positivo pátrio o instituto do Conselho de Administração, enquanto órgão responsável pela gestão das sociedades anônimas.³⁶⁷

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

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

205. Competência para conhecer da ação

A ação destinada a apurar a responsabilidade pessoal do sócio, controlador ou administrador insere-se dentre as que não resistem à força atrativa do juízo falencial. A Lei repete, neste ponto, solução idêntica à preconizada pelo Decreto-lei, devendo tais ações ser propostas e processadas no juízo da falência. Cuida também a Lei de afastar qualquer possibilidade de se condicionar tal apuração de responsabilidade à *realização*

³⁶⁷ A propósito, v. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *O Conselho de Administração na sociedade anônima*, p. 24.

do ativo e à prova de sua insuficiência para cobrir o passivo. Vale dizer: estando-se diante de hipótese autorizadora da responsabilização, deve a responsabilidade ser apurada no juízo da falência, ainda que venha a trazer recursos excedentes aos necessários para o atendimento do passivo do devedor.

206. Procedimento aplicável

Prevê-se para a ação de responsabilidade a aplicação do procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil. Esta, de fato, haverá de ser a regra. O que fazer, contudo, nos casos em que as *respectivas leis* de regência prevêem a aplicação de um procedimento próprio, a exemplo do que se verifica, *verbi gratia*, com a faculdade que assiste à companhia de propor ação executiva contra o acionista remisso (art. 107, I, da Lei 6.404/1976)? Estaria a mesma esvaziada pelo contido na Lei? Evidentemente que não. A melhor interpretação parece ser a que considera aplicável à espécie eventual procedimento especial definido em lei, aplicando-se, na ausência de dispositivo específico, o procedimento ordinário, tal como propugnado pelo dispositivo em comento.

207. Prazo prescricional

O prazo prescricional para a propositura da ação de responsabilidade referida no *caput* será de dois anos contados do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência. Como resolver-se, contudo, a antinomia existente entre esse dispositivo e o art. 287 da Lei das Sociedades por Ações, que também dita o prazo prescricional aplicável à ação de responsabilidade? Qual deles haveria de prevalecer? A solução é dada, quer-nos parecer, pela aplicação da regra interpretativa de que *lex specialis derogat generali*.³⁶⁸ A especialidade residiria, aqui, no ambiente específico em que se desenvolveria a ação – o juízo da falência – e na condição *sui generis* da sociedade envolvida – com *status* de falida.

208. Provimentos acautelatórios

Em linha com o Decreto-lei,³⁶⁹ reconhece a Lei a possibilidade de se deferir provimento acautelatório destinado a assegurar a efetividade da ação de responsabilização, consistente na decretação da indisponibilidade dos processados. Tem-se aqui típico provimento cautelar, a desempenhar sua função clássica: de processo tutelando processo.

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

³⁶⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 96.

³⁶⁹ “Art. 6.º [...] Parágrafo único. O juiz, a requerimento do síndico, pode ordenar o seqüestro de bens que bastem para efetivar a responsabilidade.”

Seção II

Da classificação dos créditos

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

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

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

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

IV – créditos com privilégio especial, a saber:

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

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

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

V – créditos com privilégio geral, a saber:

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

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

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

VI – créditos quirografários, a saber:

a) aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo;

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

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

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

VIII – créditos subordinados, a saber:

a) os assim previstos em lei ou em contrato;

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

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

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

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

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

209. Insolvência e concurso

Como visto,³⁷⁰ a falência tem lugar quando se presume, a partir dos pressupostos estabelecidos por Lei, que os bens e direitos do devedor empresário não serão suficientes para a satisfação de todos os seus credores e a empresa é inviável do ponto de vista econômico-financeiro. Não se trata de reconhecimento ou demonstração da insolvência do devedor,³⁷¹ mas da ocorrência de certos fatos que, segundo o legislador, fazem presumi-la. O reconhecimento de que o devedor não terá recursos para solver todos os seus débitos levaria invariavelmente a uma “corrida” dos credores na tentativa de satisfazer seus créditos, o que não é desejável por vários aspectos.³⁷² Inicialmente, uma desordenada busca por satisfação individual tenderia a destroçar o estabelecimento do empresário, com a perda do seu valor agravada pelos altíssimos custos de transação decorrentes do aspecto conflituoso da situação, o que por certo prejudicaria não só o devedor, mas principalmente o interesse dos próprios credores, na medida em que diminuiria o valor do patrimônio garantidor de seus créditos. É preciso assegurar que o interesse individual de um credor não venha a prejudicar os interesses da coletividade. Além disso, seria de se notar a tendência ao extermínio da empresa como organização de fatores de produção.³⁷³ Finalmente, o apuro dos credores em buscar individualmente a solução de seu crédito em um patrimônio sabidamente insuficiente tenderia a garantir ao devedor um poder inexistente em caso de solvabilidade: o poder de, através de ações ou omissões, facilitar a satisfação prioritária de alguns em detrimento de outros, inclusive com a possibilidade eventual de contrapartida. Inadmissível pensar que o devedor possa ter fortalecida sua situação diante dos credores, justamente por não ter meios de adimplir as obrigações que contraiu no curso da atividade empresária. Premiar o devedor com a discricionariedade na condução das execuções individuais em caso de insolvência geraria um cenário propício a fraudes e injustiças.

Especialmente para a preservação do interesse dos credores,³⁷⁴ desenvolveu-se o instituto da execução coletiva ou concursal – da qual é exemplo o processo falimentar. Os ativos disponíveis do insolvente são, dessa forma, excutidos, e o valor apurado é dividido entre os credores na proporção de seus créditos, num procedimento realizado judicialmente, a partir de critérios estabelecidos em lei. Ao se estabelecer, através de norma, os parâmetros para satisfação dos créditos, pretende-se aumentar a eficiência do ativo para quitação dos débitos, além de eliminar a discricionariedade do insolvente, e, por conseqüência, seu poder de ingerência sobre o interesse dos credores, ao mesmo tempo em que se lhes garante um tratamento paritário (*par condicio creditorum*).

³⁷⁰ O autor faz um especial agradecimento a Carla Kitz e Daniel Jorge de Freitas pelo auxílio na pesquisa sobre os temas abordados, especialmente direito trabalhista e comparado.

³⁷¹ Um documento de autenticidade comprovada elaborado pelo devedor, reconhecendo sua insolvência, por exemplo, não é hábil a instruir pedido de falência de terceiro interessado.

³⁷² Cf. BAIRD, Douglas. A world without bankruptcy. *Corporate bankruptcy* – Economic and legal perspectives, p. 32.

³⁷³ Cf. HART, Oliver. Different approaches to bankruptcy. Working Paper 7921. <<http://www.nber.org/papers/w7921>>.

³⁷⁴ Não obstante atualmente sejam claramente reconhecidos outros objetivos a um procedimento falimentar, cf. HART, Oliver. Different approaches to bankruptcy, p. 4-5, e ABRÃO, Nelson. *O novo direito falimentar*, p. 1-157.

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

210. Privilégios e preferências

Essa prioridade, também chamada de privilégio,³⁷⁵ não se confunde com as preferências.³⁷⁶ O devedor pode, a seu exclusivo critério, gravar um bem com garantia real, estabelecendo em favor deste ou daquele credor preferência sobre os valores arrecadados com sua venda. A preferência será, nesse caso, caracterizada pelo direito do credor de saldar seu crédito com o produto da venda daquele bem, com prioridade sobre os demais credores. Trata-se de um direito patrimonial que pode ser oposto contra qualquer outro credor interessado, e especialmente contra o devedor, resultado da livre disposição dos seus bens e, em última análise, da autonomia privada.³⁷⁷ Já o privilégio – que decorre exclusivamente da lei – só passa a importar quando não se pode mais atribuir ao devedor liberdade de disposição dos seus bens, no caso da execução concursal. Não é um direito patrimonial,³⁷⁸ mas uma qualificação do crédito em função de sua natureza. Garante a seu titular a pretensão à satisfação prioritária de seu crédito em execução coletiva, quando então já não mais prevalecem as características principais da preferência. Deve ser oposto contra o Estado, a quem cabe a administração da massa e a satisfação dos credores.³⁷⁹

O tratamento privilegiado de certos credores, obviamente, não pode basear-se em aspectos pessoais, mas sim em critérios abstratos ligados à natureza dos créditos, sob pena de expressa violação da *par condicio creditorum*. Daí porque a natureza dos créditos não se altera em função da declaração de falência, ou mesmo da sua classificação. O que muda é a forma de exercício dos direitos decorrentes do crédito.³⁸⁰

A diferenciação de tratamento através dos privilégios tem sua razão de ser na necessidade de se prover o equilíbrio dos interesses em jogo no procedimento concursal. Com efeito, os credores sujeitos aos efeitos da falência e da recuperação não representam um grupo homogêneo. São diversas as peculiaridades de seus interesses, suas carências e seu grau de ingerência na constituição do crédito. Da mesma forma, sua não satisfação pode acarretar consequências proporcional e subjetivamente diversas, com diferentes reflexos, inclusive sociais.³⁸¹

³⁷⁵ O Código Civil, em seu Título X do Livro I da Parte Especial, trata de “preferências e privilégios creditórios”. Abarca assim as preferências – caracterizadas pelas garantias reais –, e, quanto aos privilégios, tão somente o especial e o geral, tratando simplesmente de modo tópico e incompleto o privilégio dos trabalhadores e acidentados (art. 449, § 1.º, da CLT, e art. 83, I, da Lei 11.101/2005), e o privilégio do credor tributário (art. 186 do CTN, e art. 83, III, da Lei 11.101/2005).

³⁷⁶ Ainda que, por constituir uma classe específica de privilégios na falência, as preferências – caracterizadas pelo direito real de garantia – sejam muitas vezes confundidas com aqueles, como já alertava Carvalho de Mendonça (cf. CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito commercial brasileiro*, v. 8, I, p. 152).

³⁷⁷ Cf. FERRI, Luigi. *La autonomia privada*, p. 40.

³⁷⁸ Cf. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, v. 27, § 3.235, p. 149-150.

³⁷⁹ Cf. TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*, p. 602-603.

³⁸⁰ Cf. CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito commercial brasileiro*, v. 7, I, p. 365.

³⁸¹ Exemplificativamente, é possível afirmar que um trabalhador mantém com o empregador um contrato substancialmente dirigido, com exíguas possibilidades de negociar garantias em caso

211. Classificação dos créditos

Os créditos são classificados de acordo com sua natureza e com a ordem de privilégios estabelecida pela Lei, atribuindo-se direitos similares àqueles da mesma classe. Somente entre os credores de uma mesma classe a igualdade de tratamento é absoluta: mesmos direitos a serem exercidos no procedimento falimentar, e rateio em caso de insuficiência de recursos para pagamento integral de todos.³⁸²

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

Cabe aqui a primeira crítica ao *caput* do art. 83, que faz expressa referência somente à falência, como se a classificação dos credores não tivesse reflexos no caso de recuperação judicial, por exemplo.³⁸³

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

212. Créditos concursais com prioridade absoluta

Segundo o inc. I do art. 83, compõem a classe que tem prioridade sobre todos os demais créditos concursais aqueles (i) até 150 salários mínimos por credor, derivados da legislação do trabalho desde que decorrentes de fatos ocorridos antes da decretação da falência;³⁸⁴ e (ii) decorrentes de indenização cobrável do empresário a quem se pode imputar culpa por acidente de trabalho. E entre trabalhistas e acidentários não há mais que se falar em prioridade, como se chegou a cogitar em face da interpretação da legislação anterior.³⁸⁵ Em caso de insuficiência de recursos para sua satisfação integral, cada credor

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

³⁸² Art. 962 do CC.

³⁸³ Cf. art. 51, III; art. 52, § 1.º, II; art. 54, parágrafo único; art. 58, §§ 1.º e 2.º.

³⁸⁴ Ver art. 84, I.

³⁸⁵ Pela prioridade dos acidentários sobre os trabalhistas: REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*, p. 280 e 329; TAVARES PAES, P. R. *Curso de falências e concordatas*, p. 118. Em sentido oposto: NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*, v. 3, p. 544.

trabalhista ou por acidente de trabalho concorrerá em situação de igualdade e receberá o rateio das receitas proporcionalmente ao valor de seu crédito privilegiado. Há que se notar, por fim, o tratamento excepcional dispensado aos créditos de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 meses anteriores à decretação da falência, até o limite de 5 salários por trabalhador (art. 151), que deverão ser pagos pelo administrador tão logo existam recursos disponíveis, com as ressalvas demonstradas nos comentários ao art. 151.

213. Créditos trabalhistas

Os créditos trabalhistas, como visto, só terão prioridade até o limite de 150 salários mínimos por credor. O valor individual que ultrapassar essa quantia será classificado como quirografário (art. 83, VI, c), o que significa a derrogação da norma do art. 449, § 1.º, da CLT, que assegurava privilégios à totalidade dos créditos decorrentes de salários e indenizações trabalhistas.³⁸⁶ O dispositivo não confronta a Convenção 95 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que trata de salários, em vigor em nosso ordenamento graças ao Dec. 41.721/1957, “revigorado” (sic) pelo Dec. 95.461/1987. A Convenção 95 deixa claro que, apesar de impositivo o privilégio dos salários na falência, este pode ser limitado a vencimentos decorrentes de certo período de tempo anterior à decretação da quebra, ou a certo valor, hipótese esta adotada pelo legislador pátrio na Lei em análise.³⁸⁷ Por seu turno, a Convenção 173 da OIT, que trata do mesmo assunto, não foi recepcionada em nosso ordenamento. E mesmo que assim não se considerasse, teria caráter de lei ordinária – vez que não foi aprovada em dois turnos, por 3/5 dos votos de cada uma das Casas do Congresso Nacional (art. 5.º, § 3.º, da CF, com a redação dada pela EC n. 45/2004), e estaria assim sujeita à derrogação por lei posterior especial, como a Lei 11.101/2005.³⁸⁸ Reconhecendo-se que o privilégio absoluto dos créditos trabalhistas

³⁸⁶ A limitação do privilégio aos 150 salários mínimos integrou definitivamente a redação da nova Lei a partir do Projeto de Lei da Câmara 71/2003, aprovado no Senado Federal. Em seu relatório final, o Senador Ramez Tebet afirmou que a limitação pretendia proteger os interesses dos trabalhadores, não prejudicá-los. Baseava-se na convicção de que a restrição, ao mesmo tempo em que iria coibir fraudes decorrentes da constituição de vultosos créditos trabalhistas por pessoas da confiança do empresário, com o objetivo de repassar-lhe os proventos, não prejudicaria os trabalhadores realmente necessitados, pois o valor médio dos créditos trabalhistas objeto de sentenças condenatórias e homologatórias no país não ultrapassava 12 salários mínimos. Ainda em favor da limitação, informou que o valor estabelecido (150 salários mínimos) fora aprovado pelas duas maiores centrais sindicais do Brasil, em audiência pública, na Comissão de Assuntos Econômicos de 5 de fevereiro de 2004 (cf. Parecer ao PLC 71/2003, aprovado no Plenário do Senado Federal em 17 de julho de 2004, p. 24-25).

³⁸⁷ Convenção 95, OIT: “Art. 11. 1 – Em caso de falência ou de liquidação judicial de uma empresa, os trabalhadores nela empregados terão categoria de credores privilegiados, quer para os salários que lhes são devidos a título de serviços fornecidos durante um período anterior à falência ou à liquidação, e que será prescrito pela legislação nacional, quer para os salários que não ultrapassem um montante prescrito pela legislação nacional”.

³⁸⁸ Mesmo os países que garantem tratamento prioritário aos credores trabalhistas o fazem geralmente com restrições. Na Espanha, a recente Lei 22/2003 garante aos trabalhadores privilégio especial sobre os bens que produziram – e em concorrência com todos os demais credores com privilégio especial –, e privilégios gerais quanto ao restante (arts. 90 e 91). Regime semelhante nota-se na Argentina (art. 241, 2, da Lei 24.522/2002). Na França, os créditos trabalhistas constituem crédito com privilégio geral (arts. L143-10 a L143-11-9 do Código do Trabalho), limitados, de acordo com as circunstâncias, a 2 vezes o teto mensal retido para contribuições ao regime de seguridade. Na Itália, há um fundo de garantia que visa assegurar aos trabalhadores o recebimento das verbas salariais.

decorre de seu caráter alimentar,³⁸⁹⁻³⁹⁰ forçoso concluir que sua limitação a 150 salários mínimos corresponde a um indicador positivo do legislador de que, pelo menos em sede concursal, valores acima desse parâmetro não possuem tal caráter.

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

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

Existem ainda certos créditos que são equiparados aos trabalhistas por leis próprias. Esse o caso, em especial, da remuneração dos representantes comerciais autônomos (art. 44 da Lei 4.886/1965, acrescentado pela Lei 8.420/1992)³⁹¹ bem como dos créditos referentes às contribuições ao FGTS (art. 2.º, § 3.º, da Lei 8.844/1994, com a redação dada pela Lei 9.467/1997).

214. Cessão dos créditos privilegiados trabalhistas

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

A proibição de cessão dos créditos trabalhistas já se verifica em âmbito não concursal,³⁹² sob o fundamento de que poderia o trabalhador, premido pela necessidade, transferir seus direitos creditícios por valor irrisório, prejudicando-se e a seus dependentes. A novidade da Lei 11.101/2005 vem no tratamento diferencia-

³⁸⁹ “O caráter alimentar do salário é, talvez, o seu mais incisivo traço em face das demais retribuições próprias dos denominados contratos de atividade. O salário do empregado é, antes de tudo, destinado ao seu próprio sustento e ao da família” (GOMES, Orlando, e GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*, p. 200).

³⁹⁰ Para fins de pagamento por parte da Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, independentemente de precatório, o crédito trabalhista tem constitucionalmente reconhecido seu caráter alimentar (art. 100, § 1.º-A, da CF, acrescentado dada pela EC n. 30/2000).

³⁹¹ Quanto à remuneração devida ao representante comercial, há que se notar que o privilégio só se verifica na falência, nos estritos termos do art. 44 mencionado. Assim, na classificação dos créditos para fins de recuperação judicial, o valor integral da remuneração do representante comercial terá caráter quirografário. Por outro lado, uma vez que o referido artigo reconhece nos créditos do representante a mesma natureza do crédito trabalhista, há que se concluir que também a ele se aplica a restrição do privilégio a 150 salários mínimos.

³⁹² “As legislações costumam regular a credibilidade do crédito salarial em relação comparativa às regras sobre a penhorabilidade. Assim, a proibição da cessão depende, quantitativamente, da limitação ou não da penhorabilidade do salário. Dessarte, considera-se lícita a cessão desde que recaia sobre a porção penhorável, ilícita em caso contrário. A nossa lei, que não admite a penhorabilidade do salário, salvo para o pagamento de alimentos à mulher ou aos filhos em casos de condenação desta prestação, não autoriza, conseqüentemente, a cessão” (GOMES, Orlando, e GOTTSCHALK, Elson, *Curso de direito do trabalho*, p. 254).

do à questão: fica expressamente autorizada a cessão, mas com a perda do caráter privilegiado do crédito. Em vista da aparente ineficiência do dispositivo quanto à proteção do trabalhador,³⁹³ há que se vislumbrar na norma uma função, ainda que secundária, de preservação dos interesses da comunhão de credores e, eventualmente, de preservação da atividade empresária, diante da eventual transferência do poder de decisão dos credores trabalhistas.

No regime da Lei 11.101/2005, os trabalhadores compõem uma das três classes da Assembléia de Credores, que tem por função, entre outras, aprovar ou rejeitar o plano de recuperação judicial, indicar o nome do gestor judicial, a constituição do Comitê de Credores, bem como a indicação de seus membros, a aprovação de outras formas de realização do ativo em caso de falência etc.³⁹⁴ Esse poder de decisão pode ser valioso nas mãos (indiretas) do próprio devedor, interessado em reaver de alguma forma a ingerência no destino dos ativos de sua empresa, ou mesmo de um concorrente seu, a quem pode interessar inclusive certificar-se de que não haverá continuidade da atividade do falido. Como, em regra, os créditos trabalhistas representam um montante total inferior aos quirografários, e seus titulares são mais susceptíveis a abordagens comerciais que os credores com garantia real, essa seria uma via naturalmente eficaz de se obter acesso às decisões sobre a massa e o procedimento de falência e de recuperação judicial.³⁹⁵ Nesse caso, a conversão em quirografários dos créditos trabalhistas cedidos pode ser eficiente, especialmente porque, diferentemente do que ocorre com quem se atrai pelo valor do crédito – que pode manter a cessão obscura até mesmo após o pagamento – o interessado no poder de deliberação dos credores trabalhistas encontrará enormes dificuldades em exercê-lo de modo dissimulado, durante todo o procedimento falimentar ou de recuperação judicial.

215. Créditos acidentários

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

³⁹³ Primeiro, porque sempre existirão meios de se realizar a cessão com relativa eficiência, ainda que de modo dissimulado. Segundo, porque, ao se permitir a cessão, mas retirando-se do crédito seu caráter privilegiado, o legislador tão somente oferece a quem tem a força do capital um argumento a mais para impor um maior deságio ao trabalhador cedente, que em geral só cogita ceder seu crédito justamente por precisar de recursos imediatos.

³⁹⁴ Cf. arts. 41 e 45.

³⁹⁵ Mesmo porque há deliberações tomadas através de votos “por cabeça” (*one man, one vote*), não pelo montante do crédito (art. 45, § 2.º).

216. Créditos com garantia real

Logo a seguir, em ordem de prioridade, surgem os créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado. Andou bem o legislador quando reconheceu a importância da garantia real, assegurando-lhe prioridade sobre os créditos fiscais, não obstante as críticas de que o dispositivo foi incorporado à Lei em razão da pressão imposta pelas instituições financeiras. A valorização da garantia real beneficia não só os bancos, mas os provedores de crédito em geral.³⁹⁶

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

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

A redação do inc. II do art. 83 é sutilmente diversa daquela do correspondente dispositivo da Lei anterior.³⁹⁷ Mas a diferença é importante, na medida em que demonstra que a classificação do crédito como prioritário se dá na exata medida do valor arrecadado com a alienação do bem onerado, e não na real vinculação desse bem ao crédito.

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

³⁹⁶ O *Insolvenzordnung* alemão (InsO) assegura ao titular de hipoteca o direito de excluir da falência o bem dado em garantia (§ 49), e ao titular de direitos reais de garantia sobre bens móveis um procedimento especial de satisfação dentro do processo de insolvência (§ 50 e §§ 166 e ss.).

³⁹⁷ Dec.-lei 7.661/1945: “Art. 102. [...] I – créditos com direitos reais de garantias [...]”.

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

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

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

Sua única insegurança pode vir a ser a determinação do valor do bem dado em garantia. Isso porque os únicos critérios oferecidos pela Lei para determinação do valor do limite do privilégio são dependentes da alienação do bem dado em garantia.³⁹⁸

217. Créditos com garantia real: apuração do montante privilegiado

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

218. Créditos com garantia real: outros aspectos

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

³⁹⁸ Maior dificuldade se dará para a atuação desses credores na Assembléia-Geral, nos termos dos arts. 41 e 45, se a alienação do bem dado em garantia não tiver ocorrido, hipótese em que o valor de avaliação do bem deve ser tomado por referência.

como sub-hipotecas. Trata-se, na espécie, do concurso de dois credores na preferência sobre o produto de venda de determinado bem imóvel. A solução aqui também parece simples. Tendo-se claro que os créditos só terão prioridade em função do art. 83, II, até o limite do valor arrecadado com o bem dado em garantia, a única dificuldade que se impõe é determinar esse valor e, na seqüência, ir dele subtraindo o valor dos demais créditos pretensamente garantidos, de acordo com a ordem de preferência (anterioridade de registro). A garantia do credor hipotecário subordinado limita-se à parcela do valor do bem que sobra depois de satisfeito o titular da primeira hipoteca.³⁹⁹ Se antes do regime concursal sua garantia sujeitava-se à satisfação do credor hipotecário primário, o mesmo deve dar-se na falência.

219. Créditos fiscais e parafiscais

Invertendo-se a ordem imperante no regime do Dec.-lei 7.661/1945, na falência regulada pela Lei 11.101/2005 os créditos tributários devem ser satisfeitos logo na seqüência dos créditos com garantia real. Tratam-se, portanto, de créditos concursais, como coerentemente se vê refletido no art. 186 do CTN, de acordo com a redação que lhe conferiu a LC 118/2005. Dessa forma, o *caput* do art. 187 do CTN deve ser restritivamente interpretado, a fim de não gerar contradição com os dispositivos em análise. A autorização para cobrança judicial dos créditos fiscais, independentemente do processo falimentar, não pode desconsiderar seu caráter concursal. O processo de cobrança tributária pode evoluir em Juízo próprio até a fase de excussão, mas os resultados da alienação ou do pagamento a qualquer título devem ser levados ao juízo falimentar para rateio,⁴⁰⁰ sob pena de violação da ordem de prioridade reconhecida tanto na Lei 11.101/2005 como no CTN.⁴⁰¹ Daí porque inadmissível, no regime da nova Lei, que se mantenha prática que acabou consagrada no regime do Dec.-lei 7.661/1945, de se proceder à penhora no rosto dos autos para garantia de créditos fiscais.⁴⁰²

Sempre que pleiteado pelos representantes competentes, deverá respeitar-se, dentro da classe do art. 83, III, a ordem para pagamentos prevista no parágrafo único do art. 187 do CTN, ou seja, (i) créditos da União,⁴⁰³ (ii) créditos dos Estados e Distrito Federal, *pro rata*; e (iii) créditos dos Municípios, *pro rata*.

As multas tributárias são excepcionadas nesta classe e só serão devidas após a satisfação dos credores quirografários. Além disso, ainda que o inc. III do art. 83 refira-se a créditos tributários independentemente de sua natureza e tempo de constituição, aplica-se obviamente a débitos do falido ou sociedade falida. Portanto, aqueles decorrentes de fatos geradores ocorridos após a decretação da quebra serão extraconcursais, nos termos do art. 84, V.

³⁹⁹ Cf., por todos, MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, p. 412.

⁴⁰⁰ STJ, REsp 188.148/RS, REsp 399.724/RS e EREsp 446.035/RS; TJSP, AI 132.857-5 (7.^a Câ. Dir. Púb. – 13.12.1999 – v.u.).

⁴⁰¹ Contra, pela suspensão das ações fiscais durante o processo de falência, cf. MIRETTI, Luiz Antônio Caldeira. Os créditos tributários no processo de recuperação de empresas e falência, *Comentários à nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, p. 275.

⁴⁰² Cf. JTJ 190/201.

⁴⁰³ Bem como dos entes públicos a ela ligados, como a Seguridade Social (art. 51, da Lei 8.212/1991), por exemplo.

220. Créditos com privilégio especial e geral

Após os créditos tributários, vêm classificados os credores com privilégio especial e geral, nesta ordem. Privilégios geral e especial dão a seus titulares prioridade de recebimento somente sobre os créditos quirografários e subquirografários, subordinando-se aos demais. O privilégio especial, além de preferir ao privilégio geral, vem ligado a um determinado bem, e se justifica pela conexão entre o crédito e esse bem. É o caso de todos os créditos listados no art. 964 do CC, como o exemplo do credor por benfeitorias úteis e necessárias quanto ao bem beneficiado (inc. III). É também o caso dos credores com direito de retenção sobre certo bem, como o mandatário sobre a coisa possuída em virtude do mandato (art. 681, do CC).⁴⁰⁴ No mesmo sentido, o crédito das entidades fechadas de previdência complementar quanto à massa falida de seus patrocinadores.⁴⁰⁵

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

Já o privilégio geral tem como característica a simples prioridade de satisfação em relação aos créditos quirografários. As hipóteses de sua incidência vêm arroladas no art. 965 do Código Civil. Observe-se, no entanto, que, quanto ao regime falimentar, o inc. II foi revogado pelos incs. III e IV do art. 84, que reclassificou tais créditos como extraconcursais. Também as hipóteses dos incs. VI e VII do art. 965 foram revogadas, respectivamente, pelos incs. I e III do art. 83 da Lei 11.101/2005. Além das hipóteses listadas no art. 965 do CC, merecem destaque o crédito do comissário pelas despesas em benefício do comitente falido (art. 707 do CC), os créditos dos advogados por honorários (art. 24 da Lei 8.906/1994), os créditos dos debenturistas com garantia flutuante inclusive considerando-se os juros incidentes durante o processo de falência (art. 58, § 1.º da Lei 6.404/1976), e art. 124, parágrafo único, da Lei 11.101/2005.⁴⁰⁶

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

⁴⁰⁴ Também no Código Civil, arts. 571, 578, 644, 708, 742, 1.219, 1.433, II e 1.507, § 2.º.

⁴⁰⁵ LC 109/2001, art. 57. Note-se que, neste caso, o privilégio especial impõe-se sobre toda a massa falida do patrocinador, o que, sem dúvida, desvirtua a natureza do instituto e dificulta sua aplicação. Por não possuir direta referência a certo bem, mas a todo o patrimônio do devedor, o privilégio especial neste caso abrangerá a totalidade do crédito, independentemente de qualquer avaliação.

⁴⁰⁶ Entre outros: art. 43 da Lei 4.591/1964; art. 1.º do Dec.-lei 496/1969; art. 35, § 2.º, do Dec.-lei 70/1966; art. 246 do Dec. 3.048/1999.

221. Créditos quirografários

Também chamados de comuns ou ordinários, quirografários serão os créditos que não possuam qualquer privilégio de recebimento em procedimento concursal, nem sejam subordinados, como se verá adiante. Não há que se confundir créditos sem privilégio com créditos sem garantia.⁴⁰⁷ Nada impede que um crédito com garantia pessoal (aval ou fiança) seja considerado quirografário na falência e na recuperação. Poderá ainda seu titular executar seu fiador ou avalista⁴⁰⁸ em procedimento próprio, concomitantemente à habilitação do crédito.

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

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

222. Créditos subquirografários

A Lei 11.101/2005 reconhece ainda dois níveis de credores subquirografários (*Nachrangige Insolvenzgläubiger*⁴⁰⁹). Estes só terão acesso ao resultado da liquidação do ativo da massa depois que todos os demais credores estiverem satisfeitos. Note-se que essa espécie de “antiprivilégio” também só gera efeitos durante o processo de concurso. Nada impede que os titulares de crédito subquirografário intentem execução singular do devedor enquanto não ficar presumido seu estado de insolvência. Não é correto, portanto, afirmar-se que os subquirografários não têm acesso ao patrimônio do devedor para satisfazer seus créditos.⁴¹⁰ Fora do estado concursal e salvo no caso das preferências, os bens do devedor respondem igualmente a todos os credores comuns.⁴¹¹ O grande risco a que estão submetidos os credores subquirografários é a insolvência do devedor e a instituição de execução concursal, haja vista que neste caso é grande a possibilidade de virem a não receber.

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

⁴⁰⁷ Cf. PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata*, p. 481.

⁴⁰⁸ O mesmo ocorre na recuperação, cf. art. 49, § 1.º.

⁴⁰⁹ Cf. § 39 InsO.

⁴¹⁰ Cf. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, v. 1, p. 687, para quem o debenturista subquirografário “(...) não é credor do ponto de vista da executibilidade do seu direito”.

⁴¹¹ GALGANO, Francesco. *Diritto privato*, p. 370.

Somente as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias (art. 83, VII), compõem a classe de subquirografários primários. Deverão ser satisfeitos tão logo sejam pagos os credores quirografários. Quanto às multas contratuais, cumpre harmonizar o dispositivo em análise com o § 3.º do mesmo art. 83, que determina que as cláusulas penais dos contratos unilaterais não serão atendidas se as obrigações neles estipuladas se vencerem em virtude da falência.⁴¹²

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

223. Créditos subordinados

Uma vez pagos os subquirografários primários, passa-se à satisfação *pro rata* dos subordinados, assim considerados os créditos dos sócios e administradores sem vínculo trabalhista, bem como quaisquer outros dessa forma definidos em lei ou no contrato. Por expressa previsão da Lei (art. 83, § 2.º), o crédito do sócio por resgate de sua parcela no capital social da sociedade falida não se inclui entre os créditos subordinados, mesmo porque sequer pode ser reclamado na falência.⁴¹³ Os créditos dos sócios ou administradores a que se refere a alínea *b* do inc. VIII do art. 83 serão aqueles decorrentes, por exemplo, de *pro labore* ou mútuo, e serão subordinados desde que não tenham algum outro privilégio.⁴¹⁴ Podem ainda as partes contratantes estabelecer o enquadramento de um crédito como subordinado, ou decorrer a classificação de expressa disposição de lei, como o caso das debêntures subquirografárias a que se refere o art. 58, § 4.º da Lei das SA.⁴¹⁵

224. Juros posteriores à decretação da quebra

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

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

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

⁴¹² Ver também art. 118.

⁴¹³ Nessa situação encontram-se os sócios excluídos e que tenham exercido seu direito de recesso por dissidência ou outras causas legais ou contratuais (inclusive em caso de dissolução parcial). Não se encontram na hipótese os titulares de crédito por amortização de suas ações, cf. GONÇALVES NETTO, Alfredo de Assis. *Lições de direito societário – S/A*, p. 122, e CARVALHOSA, Modesto, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, v. 2, p. 303.

⁴¹⁴ Eventuais privilégios que levem à inclusão de créditos de sócios e/ou administradores em outra classe devem ser analisados com especial atenção pelo administrador judicial e pelos demais interessados, em face da possibilidade de fraude.

⁴¹⁵ Sobre a incidência de juros sobre os valores dos créditos referentes a debêntures, ver art. 124, parágrafo único.

- II – quantias fornecidas à massa pelos credores;
- III – despesas com arrecadação, administração, realização do ativo e distribuição do seu produto, bem como custas do processo de falência;
- IV – custas judiciais relativas às ações e execuções em que a massa falida tenha sido vencida;
- V – obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial, nos termos do art. 67 desta Lei, ou após a decretação da falência, e tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência, respeitada a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.

FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JÚNIOR

225. Créditos extraconcursais e credores da massa

Enquanto os credores listados no art. 83 adquiriram seus créditos a partir de atos ou fatos ligados ao empresário e à empresa sob sua administração antes da falência, as obrigações listadas no art. 84 são, na sua maioria, resultado da atuação do administrador judicial⁴¹⁶ na gestão dos interesses dos envolvidos na falência e da recuperação judicial.

A diferença de tratamento entre estes créditos e os do art. 83 (credores da falência)⁴¹⁷ se mostra necessária na medida em que, à exceção das obrigações decorrentes de atos válidos praticados durante a recuperação judicial, os créditos relacionados no art. 84 não existiam até a decretação da quebra. Eles não concorreram para a instauração do regime concursal (e a afirmação vale inclusive para os créditos constituídos durante a recuperação judicial, que, afinal, deverá ter sido instituída com o objetivo de solucionar o problema da empresa que já se encontrava em dificuldades). Tratam-se de créditos constituídos em função da necessidade de administração da massa e dos interesses a ela relacionados, durante o processo de falência.⁴¹⁸ Daí porque seus titulares são chamados de “credores da massa” (*Massegläubiger*⁴¹⁹), chegando Carvalho de Mendonça a qualificá-los como verdadeiros “credores dos credores”.⁴²⁰

São créditos “extraconcursais” somente na medida em que se distinguem dos créditos “concursais” ou “falenciais” (*Insolvenzgläubiger*), que, pré-existent, justificaram a instauração do concurso. O *caput* do art. 84 deixa claro que a principal consequência da classificação de certo crédito nos seus termos é a garantia de prioridade de pagamento sobre os créditos concursais listados no art. 83.

Duas conclusões surgem desse fato. Inicialmente, resta claro que existirão, no processo de falência, outros credores que serão satisfeitos antes dos credores da

⁴¹⁶ No direito alemão, são créditos contra a massa os atos jurídicos válidos praticados pelo administrador da falência e as obrigações decorrentes de contratos bilaterais cujo cumprimento seja do interesse da massa (InsO § 55).

⁴¹⁷ “Os credores da massa, é claro, são titulares dos créditos relativos aos encargos e dívidas da massa falida; e os credores da falência são os credores concorrentes, que existiam anteriormente à época da declaração da falência” (REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*, p. 325).

⁴¹⁸ À exceção do disposto no art. 84, V.

⁴¹⁹ Cf. § 53 do InsO.

⁴²⁰ CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito commercial brasileiro*, v. 7, p. 418.

massa.⁴²¹ Esse é o caso dos credores aptos à compensação (art. 122), dos créditos assumidos no âmbito das câmaras ou prestadoras de serviços de liquidação e compensação (arts. 193 e 194), das despesas com pagamento antecipado imprescindível à administração da falência (art. 150). Quanto à existência de alguma ordem de prioridade entre credores da massa (art. 84) e titulares de direito de restituição em dinheiro (art. 86), Fábio Ulhoa Coelho afirma que estes últimos devem ser satisfeitos somente após integral pagamento dos créditos extraconcursais previstos no art. 84, e se sobrarem recursos para tanto,⁴²² o que talvez possa ser reforçado pelo conteúdo do parágrafo único do art. 86, que exige o pagamento dos recursos previstos no art. 151 antes das restituições em dinheiro, sem equivalente disposição quanto aos créditos extraconcursais em análise.⁴²³

A segunda conclusão reside no fato de que, apesar da denominação “extraconcursais”, são créditos que podem sujeitar-se a concurso. O legislador abandonou a antiga distinção entre encargos da massa (*Massenkosten*) e dívidas da massa (*Massenschulden*), tomando todos os credores da massa em um único grupo, mas estabeleceu entre eles uma ordem de prelação para pagamento.⁴²⁴ Em caso de insuficiência de bens para plena satisfação da integralidade dos créditos contra a massa, o pagamento deve respeitar a ordem de prioridades estabelecida no art. 84, realizando-se *pro rata* dentro de cada classe de credores extraconcursais.⁴²⁵ Assim como no caso dos credores concursais ou falenciais, os créditos de uma classe extraconcursal só podem ser satisfeitos se não houver créditos da classe anterior por pagar. Daí concluir-se que o elenco do art. 84 é taxativo – apesar de amplo –, somente comportando créditos que estejam contidos nas hipóteses relacionadas nos incs. I a V.⁴²⁶

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

A classificação como extraconcursal, entretanto, não autoriza o pagamento indiscriminado desses créditos na medida em que vão surgindo.⁴²⁷ Como visto, o legislador explicitou que existe, sim, uma ordem de prioridade para pagamento das despesas extraconcursais relacionadas neste artigo. Assim, a não ser que haja certeza de sobra de recursos para satisfação de todos os créditos extraconcursais, deve o administrador realizar os pagamentos todos num único momento, aplicando as regras de rateio, prioridade e

⁴²¹ Sobre ordem de pagamentos para satisfação dos credores ver comentários ao art. 149.

⁴²² “São duas as espécies de créditos extraconcursais: os relacionados à administração da falência e as restituições em dinheiro. A primeira espécie tem preferência sobre a segunda, de modo que somente são atendidos os titulares de direito às restituições em dinheiro depois do pagamento dos credores da massa caso sobre recurso” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, p. 357).

⁴²³ Cf. comentários ao art. 151.

⁴²⁴ “Art. 84. [...] serão pagos [...], na ordem a seguir [...]”.

⁴²⁵ Cf. VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 2, p. 195.

⁴²⁶ Contra, COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, p. 84.

⁴²⁷ Alguns deles, como os honorários do administrador judicial, por exemplo, sequer podem ser pagos adiantadamente (cf. art. 24).

respeitando eventuais reservas (se cabíveis). Neste caso, se a realização de alguma despesa for imprescindível e a massa a comportar, a permissão normativa para sua realização estará no art. 150, hipótese em que caberá ao administrador judicial demonstrar, sob pena de responsabilização, o caráter “indispensável” do pagamento antecipado.⁴²⁸

Os créditos extraconcursais não estão sujeitos ao processo de habilitação,⁴²⁹ pois decorrem de fatos geradores posteriores à instauração do regime falimentar ou de recuperação judicial. Além disso, a massa é sua única garantia de recebimento: se seus bens não forem suficientes para seu pagamento, os credores simplesmente não serão plenamente satisfeitos, sendo inadmissível – mesmo em caso da continuação do negócio a que se refere o inc. XI do art. 99 – responsabilização subsidiária de quem quer que seja, inclusive administrador judicial, Comitê de Credores,⁴³⁰ comunhão de credores, falido etc., salvo em caso de responsabilização pessoal explícita.

226. Administrador judicial, auxiliares e trabalhadores da massa

O administrador judicial exerce importante papel, tanto na falência como na recuperação judicial (art. 22). De seu bom desempenho depende diretamente a satisfação dos interesses envolvidos em ambos os procedimentos. Naturalmente, demanda remuneração compatível, que lhe sirva de incentivo. O próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ) já havia reconhecido a importância de bem remunerar-se o síndico no regime anterior, ao publicar a Súmula 219,⁴³¹ que equiparava seus honorários – legalmente classificados como encargos da massa (art. 124, § 1.º, III, do Dec.-lei 7.661/1945,) – aos créditos trabalhistas, com prioridade absoluta sobre os demais.⁴³² Nesse diapasão, o legislador incluiu os créditos do administrador judicial entre aqueles que terão prioridade absoluta, entre os extraconcursais.

O pagamento do administrador, ainda que prioritário, só será completo após a aprovação de suas contas e do relatório final da falência, conforme disposto nos arts. 154 e 155. Até lá, 40% (quarenta por cento) do total da sua remuneração deverá ficar reservado (arts. 24, § 2.º, e 149, § 1.º). Da mesma forma, é desejável que não ocorra muito precipitadamente o pagamento dos 60% restantes pois, por expressa previsão legal (art. 24, § 4.º), o administrador judicial que não tiver suas contas aprovadas não fará jus a remuneração. A restrição prevista no art. 24, § 2.º, refere-se somente à hipótese de falência,

⁴²⁸ Cf. nossos comentários ao art. 150.

⁴²⁹ AULETTA, Giuseppe, e SALANITRO, Nicolò. *Diritto commerciale*, p. 622.

⁴³⁰ Mas o administrador judicial e os membros do Comitê poderão responder pelos prejuízos eventualmente causados por seus atos (art. 32).

⁴³¹ “Os créditos decorrentes de serviços prestados à massa falida, inclusive a remuneração do síndico, gozam dos privilégios próprios dos trabalhistas”.

⁴³² A razão de ser da mudança na interpretação vem do fato de que, no regime anterior, parte da mais abalizada doutrina, em interpretação sistemática do Dec.-lei 7.661/1945 (especialmente do conteúdo de seu art. 102), considerava as dívidas e encargos da massa como créditos que só seriam pagos após satisfeitos os credores trabalhistas, acidentários e fiscais. Cf. REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*, 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. Similar a esse o regime adotado pela Lei Argentina de Concursos e Quebras (art. 240), que condiciona o pagamento das dívidas da massa à satisfação dos credores com privilégio especial.

o que leva a crer que, na recuperação judicial, o modo de pagamento dos honorários do administrador será livremente fixado.⁴³³

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

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

Note-se que só se incluem na hipótese em comento os auxiliares que prestarem serviços para a massa. Isso exclui os que tiverem sido contratados pelo administrador judicial para defesa de seus interesses, mesmo que ligados à falência, como o caso de um advogado contratado para defendê-lo em ação de responsabilidade movida por um credor ou mesmo pelo falido.⁴³⁴ O crédito do leiloeiro não se inclui nesta hipótese, uma vez que seu devedor será o arrematante, não a massa.

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

227. Quantias fornecidas à massa pelos credores

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

⁴³³ Cf. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Comentário ao art. 24 da Lei 11.101/2005. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, p. 65.

⁴³⁴ Nesse sentido, cf. PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata*, p. 370.

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

228. Despesas administrativas e custas do processo falimentar

Um processo falimentar leva tempo até sua conclusão. Por mais célere que sejam seus agentes, por mais que a Lei facilite os procedimentos, há uma vasta gama de interesses conflitantes envolvidos, o que demanda cuidado e precisão na realização de seus atos. Por outro lado, a administração dos interesses convergentes e conflitantes, e principalmente dos bens e direitos que compõem a massa, pode vir a exigir a realização de atos jurídicos, contratação de terceiros etc. A essas despesas, comumente chamadas administrativas ou, como prefere Carvalho de Mendonça, econômicas – *sumtus æconomici* –, ⁴³⁵ o legislador tende a conferir tratamento especial prioritário, porque são necessárias ao bom resultado do processo falimentar como um todo. ⁴³⁶

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

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

229. Custas de sucumbência da massa

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

230. Despesas referentes ao período da recuperação judicial

Entre as grandes inovações da Lei 11.101/2005, merece destaque a introdução do instituto da recuperação judicial, em substituição à concordata. Os objetivos buscados com o novo instituto são ambiciosos: busca-se a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor a fim de se permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores (art. 47). Para sua viabilização, deverá ser formulado um plano de recuperação, que será o “caminho” através do qual o devedor pretensamente deixará a situação de dificuldade econômico-financeira. Essencial, nesse curso, que os fornecedores de capital, produtos e serviços continuem a provê-los, garantindo as condições mínimas necessárias à viabilização da consecução do plano. Tendo em vista o aumento de risco que vem a significar o fornecimento durante o período de recuperação judicial, especialmente em razão do reconhecido estado de

⁴³⁵ CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito commercial brasileiro*, Livro 7, 1.ª parte, p. 420.

⁴³⁶ Essa a motivação que levou, por exemplo, o legislador americano a classificar as despesas administrativas como *first priority* entre os *unsecured claims*, devendo ser pagas logo após os créditos garantidos (*secured claims*) (§ 507 do *Bankruptcy Code*).

dificuldade econômica do devedor, bem como a iminente possibilidade de decretação de sua quebra, é natural que os fornecedores ou se recusem a manter relações econômicas com o devedor, ou simplesmente aumentem o preço, como contrapartida. Esse comportamento seria extremamente danoso ao devedor e reduziria drasticamente as chances de reversão de sua situação de dificuldade econômico-financeira. Com vistas a esses aspectos, o legislador criou dispositivos de incentivo à manutenção de relações jurídico-econômicas com o devedor em recuperação judicial. Para os fornecedores que já eram credores quirografários do empresário antes da recuperação judicial, o parágrafo único do art. 67 prevê a melhora de sua prioridade (passando a credor com privilégio geral), na exata proporção de valor dos bens e serviços fornecidos durante a recuperação judicial. Para qualquer fornecedor, por sua vez, o *caput* do art. 67 garante que quaisquer créditos contra o empresário, nascidos de obrigações contraídas durante a recuperação judicial, serão extraconcursais em caso de falência. Trata-se de assegurar um tratamento privilegiado aquele que, tendo liberdade de escolha, opta por manter fornecimento ao empresário, mesmo sabendo estar ele em recuperação judicial. É o reconhecimento, por parte do legislador, da sua importância na solução do problema do empresário em dificuldades. Essa é uma tendência que se verifica em outros legisladores, como o norte-americano.⁴³⁷

Daí decorre que os salários dos trabalhadores, referentes a serviços prestados no período da recuperação judicial, em caso de falência do empregador, não estarão sujeitos à classificação como crédito concursal nos termos do art. 83, I, mas serão integralmente considerados créditos extraconcursais nos termos deste inciso V do art. 84.⁴³⁸

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

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

231. Créditos decorrentes de atos jurídicos válidos praticados durante a falência

Além das obrigações incorridas durante o período de recuperação judicial – assumidas, portanto, pelo próprio devedor sob a fiscalização do administrador judicial – também

⁴³⁷ Também no direito norte-americano as despesas administrativas referentes ao período da recuperação judicial (*Chapter 11*) ganham prioridade de recebimento em caso de falência (*Bankruptcy Code*, § 726[b]). Seu pagamento deverá dar-se antes mesmo do pagamento da primeira classe de credores sem garantia (*unsecured claims*), quais sejam, os credores por despesas administrativas já mencionados acima. São por isso também chamados de *super priority credits*, pois preferem aos créditos com prioridade ordinária. Cf. TABB, Charles Jordan. *The law of bankruptcy*, p. 497.

⁴³⁸ É possível, portanto, que os créditos trabalhistas sejam classificados no processo de falência em 3 diferentes categorias, de acordo com a época em que os serviços foram prestados: i) serão concursais, com privilégio limitado a 150 salários mínimos os créditos referentes a serviços prestados antes da decretação da quebra, mas fora do regime de recuperação judicial (art. 83, I); ii) serão extraconcursais, mas recebendo, após todos os demais créditos extraconcursais, mais privilegiados, aqueles decorrentes de serviços prestados antes da decretação da falência mas durante o regime de recuperação judicial (art. 84, V); e iii) serão extraconcursais, com prioridade sobre os demais créditos extraconcursais que não os da mesma classe, os créditos relativos a serviços prestados após a decretação da falência (art. 84, I).

serão extraconcursais, classificados com a mesma prioridade, os créditos decorrentes de atos jurídicos válidos praticados pelo administrador judicial após a decretação da falência, desde que não incluídos em alguma das classes relativas aos incisos I a IV do art. 84.

A aplicação desse dispositivo é semelhante à dos créditos quirografários, definidos por exclusão: todo crédito validamente constituído após a decretação da falência será extraconcursal nos termos do art. 84, V se a ele não se aplicar uma melhor classificação.

Como meio de reforçar esse aspecto, o legislador fez incluir na parte final deste inciso ressalva de que também serão extraconcursais os créditos tributários decorrentes de fatos geradores ocorridos após a decretação da falência. A norma mantém coerência com o disposto no *caput* do art. 188 do CTN, com a redação que lhe deu o art. 1.º da LC 118/2005.

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

Seção III

Do pedido de restituição

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

Parágrafo único. Também pode ser pedida a restituição de coisa vendida a crédito e entregue ao devedor nos 15 (quinze) dias anteriores ao requerimento de sua falência, se ainda não alienada.

MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES

232. A restituição

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

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

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

As apreciações sobre a figura do pedido de restituição fundam-se na análise da posição de terceiros que viram seu patrimônio atingido pelo fato da falência, tendo o legislador tratado desta matéria apenas sob título de “pedido de restituição”, nos arts.

85 a 93 da Lei 11.101/2005, e não mais “do pedido de restituição e dos embargos de terceiro”, uma vez que, em relação a este último, trata da faculdade da sua interposição tão-somente quando não houver cabimento o pedido de restituição.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

233. Da causa da restituição

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

É sempre oportuno recordar Sylvio Marcondes,⁴³⁹ para quem “tais postulados, estáticos enquanto é solvente o devedor, tornam-se atuantes, ao sobrevir a insolvência, pelo desdobro das regras adequadas à apuração do ativo e à verificação do passivo. E, na confluência delas, pela dinâmica dos dois princípios, se insere o pedido de restituição”.⁴⁴⁰

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

A esta situação, agregou-se também aquela decorrente do ato eivado de má fé da parte do devedor que, tendo consciência de sua insolvência iminente, busca aumentar o seu patrimônio com desnecessárias aquisições a prazo, iludindo o vendedor, mercê desta operação às “vésperas da falência”.⁴⁴¹ Estas aquisições anômalas e atabalhoadas é que ensejariam a pretensão anulatória do ato aquisitivo, fazendo as partes retornarem ao *status quo ante*, de modo a inferir-se que a titularidade da mercadoria assim adquirida, pelo devedor, retorna novamente às mãos do vendedor, evitando assim este viesse a engrossar a lista de credores, na falência, protegendo-o de seus efeitos. Para Waldemar Ferreira,⁴⁴²

⁴³⁹ MARCONDES MACHADO, Sylvio. *Problemas de direito mercantil*, p. 339.

⁴⁴⁰ Diga-se, a bem da verdade, que Sylvio Marcondes não só continua sendo uma das ilustres fontes de doutrina, como também respondeu pelo título de “direito de empresa”, originalmente “atividade negocial”, no projeto do Código Civil de 2002.

⁴⁴¹ Expressão criticada por FERREIRA, Waldemar. *Instituições de direito mercantil*, v. 5, p. 342 (apud MARCONDES MACHADO, Sylvio. *Problemas de direito mercantil*, p. 341).

⁴⁴² *Idem*, *ibidem*.

com “isso se opera uma resolução legal do contrato de compra e venda com o efeito de resolver-se em direito de propriedade, o que era de crédito do vendedor”.

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

234. A resilição legal

Para a consideração sobre a resilição legal, de que trata o parágrafo único do art. 85, é mister que o contrato de venda e compra esteja com o evento da tradição aperfeiçoado, isto é, a coisa vendida a crédito já esteja “em poder do devedor” (art. 85 caput, da Lei 11.101/2005).⁴⁴³ Caso contrário, a figura que solucionaria a hipótese dessa compra e venda não é o retorno à situação anterior, não é mais a resilição, mas a exceção de contrato não cumprido, em se tratando de negócio jurídico bilateral de venda e compra, em que a entrega ainda não se haja dado, mas pode ser exigida, e de pagamento, que foi diferido, se dar no prazo fixado. O negócio pode ser exigido pelo administrador judicial na falência, se entender conveniente para a massa, e não fará parte de seu mister arrecadatório.

Com Sylvio Marcondes,⁴⁴⁴ continua a afigurar-se acertada, portanto, a conclusão de que os requisitos, *as coisas vendidas a crédito e entregues ao falido*, constituem imposição cumulativa do texto legal que, quando exista um, não dispensa o outro, tal como previsto no parágrafo único do art. 85 da Lei 11.101/2005.

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

Ainda no âmbito do parágrafo único do art. 85, cabe lembrar das possibilidades de se dar a venda da mercadoria entregue nos 15 dias, no exercício da mercancia pelo devedor, ou, ato contínuo à decretação da falência, pelo administrador judicial na realização dos bens do ativo, com base no art. 140, IV, antes, portanto, da movimentação do credor para restituição.

Não é em ambos os casos que caberá restituição; no primeiro não haverá restituição pela ausência da mercadoria nas mãos do devedor, devido ao fato da venda, que impediu que a mercadoria ali se encontrasse na época da quebra; no segundo, haverá restituição

⁴⁴³ “Em poder do falido” (pelo art. 138 da Lei 5.746/1929) ou “entregues ao falido” (pelo § 2.º do art. 76 do Dec.-lei 7.661/1945).

⁴⁴⁴ MARCONDES MACHADO, Sylvio. *Problemas de direito mercantil*, p. 348.

por meio da seqüela da mercadoria, em decorrência da venda a *non domino*, ou pela devolução de seu valor de alienação, como encargo da massa, uma vez que, na decretação da falência, a mercadoria ainda estava em poder do devedor (respeitando-se apenas a prelação do art. 151).

Com isto, não se frustra a convação do crédito sobre o produto entregue nos mencionados 15 dias, seja pelo fato da resilição legal da venda e compra, seja pela via de restituição na espécie ou em dinheiro.

235. Aspectos da recuperação

A recuperação busca, para a preservação da atividade da empresa, natureza bipolar em relação às partes envolvidas, em que, de um lado, se contempla a figura do devedor a pretender continuar em sua atividade, e, no pólo oposto, a Assembléia de Credores, competente para inclusive interferir no comportamento de qualquer pretensão recuperatória, frente ao plano apresentado. Vale lembrar que “inúmeros são os casos de comerciantes que, dias antes do requerimento de convocação dos credores para lhes propor concorda preventiva, compravam mercadorias, já com o intuito de não pagá-las”; é a lição de Waldemar Ferreira,⁴⁴⁵ que nos leva a pensar na fase pré-recuperatória.

Apesar desta tendência que se busca nos credores, pela preservação da atividade, pois dela também os credores haverão de ser beneficiados, há que se considerar os negócios que antecederam o requerimento de recuperação, que poderiam ocorrer eivados da mesma espécie de má-fé a que se referia Waldemar Ferreira, em que aqueles que, às vésperas da concordata, tinham a seu favor o termo suspensivo dos 15 dias, com a conseqüente possibilidade da restituição, neste momento, na recuperação encontrarão diante de si a impossibilidade de agir contra o devedor nos 180 dias que se sucederem, restando-lhes participar da Assembléia de Credores em representação da categoria dos quirografários, até a aprovação do plano, esperando que, vencido o termo suspensivo do § 4.º do art. 6.º da Lei 11.101/2005, possam vir a demandar pelo vício no consentimento do aludido fornecimento às vésperas da recuperação, com base nos princípios do art. 422 do CC.

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

Pretender que, na atividade mercantil, todos os fatos geradores de passivos aos devedores resultem de operações de crédito por empréstimos, ou outras operações de natureza bancária, ou do mercado de capitais, é olvidar por completo a mola propulsora da

⁴⁴⁵ FERREIRA, Waldemar. *Instituições de direito mercantil*, v. 5, p. 342 (apud MARCONDES MACHADO, Sylvio. *Problemas de direito mercantil*, p. 341).

atividade. Deste modo, passou a carecer da proteção legal resilitiva o credor quirografário contra a prática de alienação anômala de suas mercadorias, ante o espectro da recuperação. Nem mesmo a hipótese de poder vê-los reconhecidos como créditos extraconcursais, na forma do art. 67, da Lei 11.101/2005, se sobrevier a falência do recuperando, estaria a abranger as vendas anteriores ao pedido, pois a regra existe em razão dos fornecimentos que se tiver o beneplácito de conceder ao devedor *durante* o período de recuperação, que assim não abrangerão as coisas fornecidas ao devedor “às vésperas da recuperação”. Este crédito tornar-se-á objeto do diferimento que resultará do plano de recuperação, por força do art. 49, § 2.º da Lei 11.101/2005.

236. Condição resolutiva contratual

Embora o legislador atual haja suprimido a parte final do *caput* do art. 76 do Dec.-lei 7661/1945, deixando de contemplar especificamente a *razão de direito real ou de contrato*, ali estampadas, estas causas não poderão ser olvidadas, pois contratos há que regulam temporária ou condicionalmente ambas as situações. Por exemplo, a alienação fiduciária em garantia, nascida com a Lei 4.728/1965, presta-se à propriedade resolúvel ante o evento do inadimplemento, e, no entanto, o bem objeto pode vir a ser essencial para o plano da recuperação; porém, uma vez passados os 180 dias da suspensão processual, poderá vir a ser objeto do exercício das ações cabíveis, face à resolução da propriedade nas mãos do credor, havida quando do inadimplemento, não tendo cabimento, no entanto, a restituição. Ocorre, porém, que, pelo Dec.-lei 911/1969, regulamentador da figura da alienação fiduciária, cabe restituição quando for caso de falência.

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

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

Em todos esse exemplos, não há que se falar em restituição frente ao pedido de recuperação judicial, à vista do constrangimento que decorre da norma do art. 49 da Lei 11.101/2005, em especial das disposições do seu § 3.º, em que se atribui ao elemento subjetivo da “essencialidade”⁴⁴⁶ a possibilidade, ou não, da retirada do bem pelo seu proprietário. Já na recuperação extrajudicial, o § 1.º do art. 161 da Lei falimentar, ao excluir de seus efeitos aqueles que se acham constrangidos pelos limites impostos pelo art. 49, § 3.º, da mesma Lei, poderão a qualquer momento satisfazer o seu desejo de retirada dos bens que lhes pertence. Nesta exclusão, estão incluídos também os créditos por adiantamento a contrato de câmbio, nos limites fixados pelo art. 86, II, da Lei 11.101/2005, comentado mais à frente.

⁴⁴⁶ Necessidade do bem para a preservação da atividade da empresa.

237. Mercadoria em trânsito

Cabem comentários também sobre a situação das mercadorias que, embora vendidas, ao devedor, ainda não lhe tenham sido entregues, que é situação que constitui matéria incabível no processo de restituição, pois, conforme nos lembra Sylvio Marcondes,⁴⁴⁷ a regra de que nos contratos bilaterais nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro, hoje consubstanciada no art. 476 do CC (anteriormente, art. 1.092 do CC/1916), permite à parte lesada pelo inadimplemento pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento (art. 475 do CC).

Trata-se de situação que decorre dos contratos bilaterais ainda não cumpridos, que, especialmente na compra e venda, somente se completam com a tradição da coisa alienada ao devedor. Esse direito de paralisação do transporte da coisa para entrega, conhecido como *stoppage in transitu*, nasce, então, do disposto no art. 475 do CC, que mantém a regra do Código anterior, permitindo assim se mantenha vivo o preceito do vetusto, e, nesta parte, revogado Código Comercial de 1850, lavrado em seu art. 198, tomando-se a falência como uma notória mudança no estado do devedor adquirente. Este recurso, no entanto, está limitado pelo inc. I do art. 119 da Lei 11.101/2005, que, repetindo as regras dos contratos bilaterais do art. 44 do Dec.-lei 7.661/1945, impede a prática do *stoppage* se, antes do requerimento da falência, a mercadoria houver sido revendida.

Neste caso, Fábio Ulhoa Coelho⁴⁴⁸ entende “que a Lei estabelece a possibilidade [do vendedor] comunicar à empresa de transporte uma contra ordem, para que seja sustada a entrega das mercadorias, *no aguardo da decisão do administrador judicial relativamente ao cumprimento ou não do contrato*” (grifos no original).

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

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

238. A reivindicação

É sempre interessante relembrar passagens dos comentários de Miranda Valverde⁴⁴⁹ sobre o pedido de restituição que substituiu, à época do Dec.-lei 7.661/1945, a *reivindicação* (reclamação reivindicatória) que constava do Dec. 5.746/1929. Para Valverde, “todos os bens em poder do falido, não se excetuando os bens indicados como propriedade de terceiros, são arrecadados”, valendo dizer que, independentemente da manifestação do terceiro prejudicado, a coisa deverá compor a massa arrecadada, para depois ver-se objeto da ação de restituição, a pedido do interessado. “Com isso evitam-se possíveis conluíus para a subtração de valores da massa”.

⁴⁴⁷ MARCONDES MACHADO, Sylvio. *Problemas de direito mercantil*, p. 352.

⁴⁴⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, v. 3, p. 305.

⁴⁴⁹ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 1, p. 451.

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

Relembrando com Sampaio de Lacerda,⁴⁵⁰ as leis anteriores ao Dec.-lei 7.661/1945 utilizavam a expressão “reivindicação”, ao que a Lei atual manteve a expressão da Lei de 1945, *restituição*, entendendo que “na falência a reivindicação é mais extensa, por isso que pode ter-se por base não só um direito real, mas ainda fundar-se em um contrato” (art. 76 do Dec.-lei 7.661/1945) ou, como dizia a lei anterior, “ainda que fundado em um direito pessoal” (art. 138 do Dec. 5.746/1929). “Chamavam-se reivindicantes aqueles a quem a Lei conferia esse direito, isto é, o direito de obter na falência, a separação e a restituição de certos bens”.

239. Trespasse do estabelecimento

Merecedora de apreciação especial no estágio atual do direito brasileiro a observação de Valverde sobre a figura do estabelecimento:⁴⁵¹ “O estabelecimento comercial ou fundo de comércio não pode ser objeto de reivindicação, como *corpus certum*, visto que não temos lei que fixe os elementos de que o mesmo se deve compor, abstraindo a heterogeneidade das coisas que entram na sua constituição. Assim, não se arrecada, na falência, um estabelecimento comercial, ou um fundo comercial, mas distintamente as coisas ou valores que o compõem, a reivindicação, também só poderá ter por objeto essas coisas distintamente consideradas”.

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

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

O legislador não deixou de reconhecer esta possibilidade, consagrada pelos arts. 1.142 e 1.143 do Código Civil, uma vez que, dentre as novidades introduzidas pela Lei

⁴⁵⁰ LACERDA, J. C. Sampaio de. *Manual de direito falimentar*, p. 150.

⁴⁵¹ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 1, p. 455, nota 10.

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

Na hipótese da circulação do estabelecimento por força de sua restituição, é interessante observar que, sobre os benefícios atribuídos pelo art. 141 da Lei 11.101/2005, no que respeita às denominadas vendas judiciais de estabelecimentos, havidas após a decretação da falência, haveria lógica em, por analogia, serem também estendidos ao estabelecimento restituído, dotando-o assim das mesmas prerrogativas sucessórias. No entanto, como não se trata de alienação, mas sim de restituição ao titular do domínio, a hipótese não nos parece viável.

240. Restituição de coisa vendida pelo falido

Cabe ainda, ante a inspiração de Valverde,⁴⁵² lembrar que poderá também caber pedido de restituição em sentido contrário, isto é, quando o credor da coisa é comprador do bem do devedor falido anteriormente à quebra, porém ainda não entregue. Não cabe na hipótese do parágrafo único do art. 85, da Lei 11.101/2005, mas tem cabimento a restituição se o alienante, vendedor da coisa, ainda não a tenha entregado ao comprador, mas haja operado tradição simbólica, assim aperfeiçoando a venda e compra. Isto é, a coisa não estará mais no patrimônio do falido, embora esteja na sua detenção, ensejando, assim, pedido de restituição da coisa de propriedade daquele comprador nas mãos do falido, ou arrecadada. No entanto, se não tiver havido tradição nem ainda pagamento pelo comprador, caberá tratamento de contrato bilateral (art. 117), e, se assim o desejar o administrador judicial, a coisa será entregue contra o pagamento, assegurando à massa o recebimento do preço.

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

241. O patrimônio de afetação

No âmbito das relações contratuais mencionadas no art. 119 da Lei 11.101/2005, cabe especial destaque para a matéria que implica no respeito à figura do patrimônio de afetação, lembrando aquele instituído no campo do direito imobiliário pela Lei 10.931/2004, que alterou a Lei 4.591/1964, que trata das incorporações e construções em regime condominial, cujo art. 31-F prevê que a falência do incorporador não atinge os patrimônios de afetação constituídos, “não integrando a massa concursal o terreno, as acessões e demais bens, direitos creditórios, obrigações e encargos objeto da incorporação”, fato especialmente tratado no inc. IX do art. 119, para o qual, nas relações contratuais, os patrimônios de afetação terão “seus bens, direitos e obrigações separados

⁴⁵² VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, p. 461.

dos do falido”. Uma vez que os requisitos do pedido de restituição são a propriedade do bem e estar ele nas mãos do falido, passa ela, a restituição, a ter cabimento, em especial aquela do terreno, propriedade condominial dos titulares das frações ideais, aos quais deve caber a restituição, para lhes permitir chegar a bom termo na incorporação, interrompida pela falência da incorporadora. A restituição se fará sem prejuízo de eventuais haveres que a massa falida possa vir a ter ao final do “cumprimento de sua finalidade”, cuja percepção do saldo competirá ao administrador judicial.

242. O auto de arrecadação

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

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

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

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

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

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

Nas conseqüências das cláusulas contratuais que, em contratos bilaterais, determinem a resolução de pleno direito quando da decretação de falência de uma das partes, há que ser analisada a pretensão restituitória a partir desses fatos. Em sentido convergente, vimos de Nelson Abrão⁴⁵³ que “a coisa móvel ou imóvel pode encontrar-se na posse do falido a justo título e, arrecadada, não seja susceptível de restituição, devendo permanecer como está: é o caso, por exemplo, do prédio locado ao falido, da coisa dada a ele em penhor, ou *leasing* – o chamado arrendamento mercantil – pois a simples decretação da falência não implica que a massa falida deva demitir de si a posse, que só se justifica quando houver rescisão ou expiração dos prazos dos respectivos contratos”.

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁵³ ABRÃO, Nelson. *Curso de direito falimentar*, p. 120.

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

MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES

243. Restituição em dinheiro

Diferentemente das disposições do Dec.-lei 7.661/1945 sobre a restituição em dinheiro, substitutiva da simples devolução da coisa, o legislador de 2005 admite expressamente os casos em que se procederá à restituição em dinheiro, elencando três hipóteses:

I – Aquela da inexistência do bem, descrito e caracterizado na inicial do pedido de restituição, neste momento, substituindo-se o direito sobre a coisa pelo crédito ao recebimento do valor da avaliação que vier a ser feita pelo administrador judicial, na forma do art. 108, se a alienação se houver dado por modo diverso da venda e compra, uma vez que, em caso de venda e compra, o autor do pedido fará jus ao preço pelo qual o bem houver sido vendido.

A Lei anterior admitia a hipótese do bem poder ser objeto de transformação industrial, dada a sua utilização como matéria prima ou insumo, o que levaria à idéia de sub-rogação no bem que houvera por resultado da transformação, na proporção de sua contribuição marginal, como continente do bem pretendido na restituição. Do texto do art. 86 da Lei 11.101/2005 não se depreende que possa haver a decomposição dos custos do novo produto, para se lhe atribuir o valor com que o bem restituendo passou a compô-lo, para cálculo do valor a restituir, caso o desaparecimento do bem se tenha dado por esta via, uma vez que não mais prevê a hipótese da sub-rogação, conforme o fazia expressamente o art. 78 da Lei anterior. Aliás, lembra Sylvio Marcondes, em comentário à Lei anterior,⁴⁵⁴ que a aplicação errônea do mecanismo da sub-rogação na Lei falimentar pode conduzir a “conseqüências juridicamente falsas”.

O inc. I do art. 86 da Lei 11.101/2005 eliminou a figura da sub-rogação do bem objeto da restituição em outro, indo diretamente ao que Sylvio Marcondes⁴⁵⁵ observa com destaque, que “a sub-rogação no valor ou preço [que eram as hipóteses do Dec.-lei 7.661/1945] *somente ocorre em grau posterior*, como ultimo sucedâneo para cumprimento da restituição”, isto é, eliminando a hipótese de sub-rogação em outra espécie de bem. Não resta nem mesmo a hipótese por nós levantada da utilização da coisa no processo de transformação industrial, como sub-rogada intrinsecamente no produto final, de que a coisa a restituir foi insumo nas mãos do falido.

II – A segunda hipótese vem tratando de fato já reconhecido pela jurisprudência, ao amparo do texto do art. 75 da Lei de Mercado de Capitais (Lei 4.728/1965), que determina em seu § 3.º a autorização do credor para pedir a restituição em moeda corrente nacional, da importância, nessa mesma moeda, adiantada ao devedor (falido) por conta de exportações futuras, ou já realizadas, porém com pagamento diferido. O legislador remete a figura ao texto da Lei 4.728/1965, apenas condicionando sua aplicação ao fator

⁴⁵⁴ MARCONDES MACHADO, Sylvio. *Problemas de direito mercantil*, p. 364.

⁴⁵⁵ *Idem*, p. 359.

temporal resultante da regulamentação administrativa a que as operações de câmbio estão submetidas, frente à competência para tanto atribuída ao Banco Central do Brasil, pela Lei 4.595/1964, que por sua vez a exerce por meio de circulares, amparadas em resoluções do Conselho Monetário Nacional.

Em especial, essa modalidade de crédito, proporcionada pelos adiantamentos sobre contratos de câmbio, não está sujeita à recuperação judicial, na forma do art. 49, § 4.º da Lei 11.101/2005. Os casos desses adiantamentos (conhecidos como ACC) constituem créditos exigíveis do devedor, independentemente da vontade dos demais credores em pretensa aquiescência à recuperação, exclusivamente para o pagamento das linhas de crédito comercial destinadas a estimular as exportações, o que poderá eventualmente ensejar impugnações à pretensão, se houver desvio de finalidade na utilização de ditas linhas pelo devedor.

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

Segundo Carlos Henrique Abrão,⁴⁵⁶ “bastante lógica a disciplina, aliás prevista na Súmula 417 do STF, moldando-se a previsão de restituir em pecúnia as somas dos contratos de câmbio, cujo numerário tem destinação específica visando exportação”.

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

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

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

O parágrafo único do art. 86, ao determinar que as restituições em dinheiro somente serão efetuadas depois de haver os pagamentos previstos no art. 151, do pedido de res-

⁴⁵⁶ TOLEDO, Paulo Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coords). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, p. 220, comentários ao art. 86 da Lei 11.101/2005.

tituição para solução em dinheiro expressa o caráter de absolutamente extraconcursal, que qualifica a restituição, em ambos os casos do art. 85.

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

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

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

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

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

MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES

244. Aspectos do pedido

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

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

Fulcrado no princípio constitucional de garantia de celeridade, constante do art. 5.º, inc. LXXVIII,⁴⁵⁷ da CF, o legislador demonstrou sua preocupação neste sentido, na redação dos §§ 2.º e 3.º do art. 87 da Lei 11.101/2005, admitindo, sem prejuízo do contraditório e da liberdade *probandi*, encurtar, se possível, o procedimento à conclusão.

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

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

⁴⁵⁷ Art. 5.º, inc. LXXVIII, da CF: “A todos, no âmbito judicial (...), são assegurados (...) os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Preocupam-nos o prazo sucessivo em relação aos consorciados passivos, genericamente tidos como credores, cujo número indefinido poderá retardar em demasia a complementação da relação jurídica processual em detrimento da restituição. Parecer-nos-ia suficiente que a Assembléia de Credores fosse convocada para receber colegiadamente a intimação, nomeando o Comitê de Credores como representante para agir no interesse dos credores, dando assim à Assembléia o peso que ela representa na defesa dos interesses categorizados dos credores.

Carlos Henrique Abrão⁴⁵⁸ comunga de nossas preocupações, entendendo que, com “a pluralidade dos credores o prazo poderá se tornar elástico e prejudicial à solução da restituição”, aventando a hipótese substitutiva da chamada individual pela intimação por edital, enquanto nós sugerimos a obrigatoriedade da convocação da Assembléia de Credores para receber a intimação e nomear o Comitê para cuidar do acompanhamento das ações de restituição em representação dos credores em suas três categorias (art. 35, II, *b e d*).

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

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

MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES

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

245. Entrega ou execução

Uma vez obtida do juízo da falência a sentença que reconhece a restituição, o art. 88 assina prazo legal de 48 (quarenta e oito) horas para o seu cumprimento pelo administrador judicial, admissível sua execução provisória pelo proprietário, uma vez que de dita sentença só cabe impugnação mediante recurso de apelação, com efeito meramente devolutivo. Para intentar a execução provisória, a Lei, no seu art. 90, parágrafo único, exige a correspondente caução assecuratória da eventual procedência da apelação, que foi a novidade trazida pela Lei 11.101/2005 atualmente com apoio no art. 475-O⁴⁵⁹ do Código de Processo Civil, cabendo lembrar, com Sylvio Marcondes,⁴⁶⁰ que, “embora seja universal o juízo da falência, é singular o da restituição”, que assim resolve a relação restituitória entre um terceiro e a massa falida. Havendo restituição em dinheiro, sendo singular o juízo da restituição, na execução provisória, cabem a intimação, o prazo de 15 dias para se cumprir a sentença, elidindo a mora

⁴⁵⁸ TOLEDO, Paulo Campos Salles; ABRÃO, Carlos Henrique (coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, p. 87.

⁴⁵⁹ Antigo art. 588. Nova posição e redação no Código de Processo Civil, adotadas pela Lei 11.232/2005.

⁴⁶⁰ MARCONDES MACHADO, Sylvio. *Problemas de direito mercantil*, p. 358.

e a cominação com acréscimo de 10%, seguidos da indicação, por parte do credor, dos bens a serem penhorados (ver art. 108). Por outro lado, havendo, por parte do devedor, o cumprimento tempestivo da sentença, o credor para levantar a importância deverá prestar caução, aplicando-se, supletivamente ao parágrafo único do art. 90, os arts. 475-J a 475-P do CPC.

Muito elucidativa a síntese analítica do teor do artigo feita por Paulo Henrique dos Santos Lucon:⁴⁶¹ “O presente artigo consiste numa análise da multa de 10%, prevista no novo sistema sincrético de execução criado pela Lei 11.232/2005, para hipótese do devedor, após regularmente intimado, não efetuar o pagamento da dívida no prazo de 15 dias. A intimação pode ser feita na pessoa do advogado do devedor. A sua natureza em relação ao *tempus iudicati* é moratória-punitiva e, sob o ponto de vista da imposição da pena, cominatória. O requerimento do credor para desenvolvimento da execução e aplicação da multa é indispensável, sendo ela exigível tanto na execução definitiva como provisória. Não se aplica, entretanto, às execuções com procedimento próprio, como a de alimentos, fiscal e contra a Fazenda Pública, bem como na execução de títulos extrajudicial. No processo de trabalho, nosso prognóstico é que deve prevalecer o entendimento favorável ao reclamante para aplicação da multa”.

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

No momento do pedido, o bem há que estar em poder do falido ou já arrecadado, diferentemente do momento do cumprimento da sentença em que ele pode haver perecido. Há, pois, que se considerar o hiato proporcionado pelo curso do procedimento, para observar os efeitos da sentença da ação de restituição, pois é conveniente lembrar que, apesar da indisponibilidade a que está sujeita a coisa restituenda, tal como prevista no art. 91 da Lei 11.101/2005, ela pode perecer durante o procedimento do pedido de restituição. Esta visão se podia ter do legislador de 1945, que expressava, no § 2.º do art. 78, também a preocupação com a inexistência da coisa (em si ou na eventualmente sub-rogada) “ao tempo da restituição”, ou seja, não somente no instante do pedido de restituição, mas possivelmente no momento da execução da restituição, se precível for a coisa ao correr do procedimento. Temos que foi equivocada a correção pretendida pelo legislador, no art. 86, inc. I, em substituição à expressão “ao tempo da restituição”. Aliás, com a precisão que lhe era própria, Sylvio Marcondes⁴⁶² assinala que “somente a inexistência *neste momento* é que justifica o pagamento do valor ou preço. E este momento não se confunde com os *outros momentos*, em que a *inexistência* da coisa *obsta o próprio pedido de restituição pela falta de requisito estrutural*” (grifos no original).

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

MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES

⁴⁶¹ Lucon, Paulo Henrique dos Santos, Multa de 10% (dez por cento) na Lei 11.232/2005, *Revista do IASP*, n. 19, ano 9, p. 247.

⁴⁶² MARCONDES MACHADO, Sylvio. *Problemas de direito mercantil*, p. 363.

246. Denegação e inclusão na lista de credores

O efeito imediato do pedido de restituição é a suspensão da disponibilidade da coisa pela massa, até o seu trânsito em julgado; tanto é verdade que, em sentido contrário a execução provisória de que, com base em sentença favorável, possa vir a lançar mão o requerente, obriga-o à caução em benefício da massa, para a eventualidade da procedência do recurso de apelação contra a sentença que atendeu ao pedido de restituição. Assim a massa não poderá se ver prejudicada pela ausência do bem, quando não for obrigada à restituição. Em conseqüência haverá a inclusão do requerente na condição de credor, quando couber, pelo não reconhecimento de seus direitos de crédito como solucionáveis em propriedade autorizadora da restituição.

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

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

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

MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES

247. Recurso e caução

Prolatada a sentença, se reconhecido o direito à restituição, ela estará a produzir, como vimos no parágrafo 245, seus efeitos a partir da publicação, e ensejará: ou o cumprimento espontâneo da restituição ou o cumprimento forçado com base nos arts. 461 e 461-A do CPC, ou, quando a restituição for de quantia certa, por meio da execução, nos termos dos arts. 475-I e seguintes do CPC. À parte insatisfeita se lhe assegura o recurso de apelação com efeito meramente devolutivo, o que enseja ao credor a eventualidade da execução provisória, mediante caução.

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

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

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

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

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

MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES

248. Indisponibilidade e rateio

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

Quando a restituição não se puder dar em espécie, pela devolução pura e simples do bem ao seu legítimo proprietário, assim reconhecido pela sentença, ela acabará sendo satisfeita em dinheiro e, neste caso, sujeita a dificuldades decorrentes da formação das disponibilidades financeiras pelo administrador judicial. O parágrafo único do art. 91 da Lei 11.101/2005 trata do concurso especial de credores por restituição em dinheiro, sobre a disponibilidade de caixa que houver para sua satisfação concomitante, autorizando rateio proporcional entre esses credores não sujeitos aos efeitos da falência, sempre e tão-somente após o mencionado pagamento dos trabalhadores credores pelos 3 meses de atraso, a que alude o art. 151 da Lei 11.101/2005.

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

MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES

249. Despesas de conservação

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

O cumprimento da sentença poderá ser prestado espontaneamente pelo administrador judicial; caso contrário, há possibilidade de sua execução provisória, mediante caução, até o trânsito em julgado da sentença, uma vez que o recurso de apelação não tem efeito suspensivo. Por via de conseqüência, o requerente da restituição que tiver obtido êxito, quando do atendimento da decisão sobre a restituição, deverá ressarcir àqueles que suportaram o encargo da conservação do bem o valor correspondente.

Rubens Requião⁴⁶³ lembra que “a ação de restituição, de fato, deixa de ser simples ação de reivindicação para se tornar um instituto eminentemente falencial, posto em benefício de terceiro cuja coisa [bem] foi surpreendida pela falência e arrecadada em mãos do falido”. Ela constará do auto de arrecadação como bem de terceiros, mas permanecerá sob a guarda do administrador judicial, que, por conseqüência, haverá de despender com os custos dessa manutenção, por si ou por meio de pessoa por ele escolhida, podendo “o falido ou qualquer de seus representantes ser nomeado depositário dos bens” (art. 108, § 1.º), e assim passarem estes a responder pelo encargos com a custódia e a manutenção da coisa recuperada, responsabilizando-se pela sua preservação para poder atender à prestação restitutiva. A estes, o legislador assegura o benefício do reembolso pelas despesas incorridas nesse mister.

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

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

MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES

250. Embargos de terceiros

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

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

⁴⁶³ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*, 9. ed., v. 1, p. 240.

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

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

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

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

Rubens Requião⁴⁶⁴ relembra que, no caso do pedido restitutivo, “não há a possibilidade de o juiz conceder a restituição liminar, o que ocorre no caso dos embargos, com a reintegração liminar da coisa a favor do terceiro embargante”. É bom lembrar, no entanto, que a Lei nova já não vê os embargos como ato alternativo a ser praticado pelo interessado de modo opcional, mas tão-somente supletivamente, em relação ao cabimento do pedido de restituição.⁴⁶⁵

⁴⁶⁴ Idem, p. 254.

⁴⁶⁵ Ao encerrar este despretensioso comentário, agradeço a colaboração da mestrandia Alessandra de Azevedo Domingues, no desenrolar da pesquisa.

Seção IV

Do procedimento para a decretação da falência

Art. 94. Será decretada a falência do devedor que:

I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários mínimos na data do pedido de falência;

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

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

a) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos;

b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não;

c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo;

d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor;

e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo;

f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento;

g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial.

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

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

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

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

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

A nova Lei, abandonando o critério anterior (sistema latino),⁴⁶⁶ que restringia a falência ao empresário comerciante, aplica-se, agora, a todo aquele (pessoa física ou jurídica) que, conforme a definição acatada no art. 966 do CC, exerça a empresa. Com este entendimento, a nova lógica da Lei Falimentar adapta-se, em toda plenitude, à concepção de empresário acatada neste texto legal. Para os não empresários a solução é a insolvência civil, disciplinada nos arts. 748 a 786-A do CPC.

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

Em princípio, estariam afastadas do âmbito falimentar, igualmente, as instituições financeiras, públicas e privadas e demais que lhes fossem equiparadas (art. 2.º, II, Lei 11.101/2005). Estas ficaram integralmente submetidas ao disposto na Lei 6.024/1974 (intervenção e liquidação extrajudicial) e no Dec.-lei 2.321/1987 (regime de administração especial temporária), afastando a possibilidade, expressa no primeiro destes textos (arts. 1.º; 2.º, III; 7.º, c; 12, d; 19, d; 21, b; 38 e 47 da Lei 6.024/1974) fossem declaradas falidas. A leitura do disposto na norma do art. 197 desta mesma lei, todavia, afasta tal entendimento. Confirma esta compreensão o disposto nas suas normas dos arts. 193 e 194, quando estabelecem um procedimento particular para as obrigações assumidas no âmbito das câmaras ou prestadoras de serviços de compensação e de liquidação financeira, bem como para as garantias ali prestadas.

Vale dizer, estas instituições poderão ser declaradas falidas, mas somente nas condições permitidas pela legislação específica, circunstância em que a LRE terá aplicação subsidiária, porém exclusivamente naquilo que for compatível com a disciplina específica, traçada nestes diplomas legais. Assim, por exemplo, não se aplicaria a estas instituições a casuística prevista na norma do art. 94 da LRE, posto que somente o BACEN tem legitimidade para decidir as situações em que o interventor ou o liquidante estão autorizados a pedir a falência da Instituição. O mesmo diga-se com relação às normas traçadas para a recuperação judicial ou extrajudicial, tendo em vista que a finalidade desta regulação especial, quando visa sanear o mercado financeiro, já contém em seu bojo as soluções para o reerguimento da instituição financeira em crise (quando for o caso).⁴⁶⁷

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

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

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

⁴⁶⁶ Por uma breve visão histórica dos diversos sistemas, consulte-se a PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata*, p. 41-45.

⁴⁶⁷ Para uma visão mais completa consulte-se, por todos, a SALOMÃO, Eduardo. *Direito bancário*, p. 551 e ss.

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

Mantém-se, destarte, como critério a presunção de insolvência – insolvência aparente –, que pode não traduzir o que se entende por insolvência em sentido econômico. Vale dizer, passivo maior do que o ativo. Inclusive, note-se, o estado de insolvência pode existir independentemente do inadimplemento desta ou daquela obrigação.⁴⁶⁸

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

Mas, quando esta impontualidade ou outros atos denunciam a incapacidade do empresário em cumprir regularmente as próprias obrigações, tem-se insolvência generalizada a legitimar o procedimento concursal.⁴⁶⁹

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

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

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

Cuidando-se de inadimplemento, este deve referir-se a obrigação líquida, substanciada em título judicial (art. 475-N do CPC) ou extrajudicial, tal como previsto na norma do art. 585 do CPC, título este apto a autorizar a ação executiva. Destarte, inclui-se aqui também o mandado de pagamento proferido em ação monitória, se não oferecidos embargos no prazo de 15 dias (art. 1.102c do CPC), ou quando não caiba mais qualquer recurso.

O importante é que a obrigação, ademais de líquida,⁴⁷⁰ vencida e impaga esteja titulada,⁴⁷¹ dada a impossibilidade da constituição do título em procedimento concursal.

⁴⁶⁸ PAJARDI, Piero. *Manuale di diritto falimentare*, p. 90.

⁴⁶⁹ Idem, p. 91 e ss.

⁴⁷⁰ V. Súmula 258, STJ: “A nota promissória vinculada a contrato de abertura de crédito não goza de autonomia em razão da iliquidez do título que a originou”.

⁴⁷¹ Vale aqui, textualmente, a lição de Miranda Valverde: “O termo ‘título’ está no dispositivo para designar o instrumento ou documento público ou particular, sujeito ou não a forma especial (letras de câmbio, nota promissória, cheques), que, por si mesmo, independentemente, portanto, de qualquer meio de prova, demonstra a existência de obrigação líquida. Não é, pois a ação

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

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

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

Mas a verificação somente se justifica quando inexistir título executivo previsto em lei ou quando, existindo, “não houver liquidez do *quantum*”.⁴⁷² Como procedimento autônomo, antecedente ao pedido de falência (que inclusive pode não ocorrer), não está submetida ao juízo falimentar e o foro será aquele do domicílio do devedor.

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

A orientação foi salutar, posto que aqui a Lei pressupõe a impossibilidade de pagar, como bem observa Miranda Valverde,⁴⁷³ já que quem não paga, nem nomeia bens à penhora no prazo legal está provavelmente falido. A par disto, visto cuidar-se de ação executiva, quando não paga há inadimplemento, e, como tampouco nomeia bens à penhora, não pode demonstrar a existência de razões para o não cumprimento da obrigação. O fato, aqui, que autoriza a falência é o não pagamento ou a não nomeação de bens quando o empresário é executado.

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

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

A Lei inovadoramente sanciona a possibilidade da prática de alguns destes atos, arrolados nas alíneas do inc. III, sem decretação da falência, quando estes fizerem parte de

executiva que a lei processual também estabelece para a cobrança de certas dívidas, que confere a estas, segundo a Lei de Falências, o requisito da liquidez. Não basta ter direito à ação executiva; é necessário que o título protegido por esta forma de ação seja líquido” (VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 1, p. 21).

⁴⁷² PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata*, p. 115.

⁴⁷³ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, p. 65.

plano de recuperação judicial. Alguns, porque o bom senso denuncia que, v.g., o “lançar mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos”, com toda certeza, não conta com o beneplácito do direito.

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

Sobre o ponto, a doutrina⁴⁷⁴ ensina que o termo “liquidação” deve ser apreendido em sentido técnico, como a venda apressada dos bens que compõem o seu ativo, por preços injustificados, inclusive, por vezes, inferiores ao do custo. Não se inserem na categoria as “queimas” de estoques realizadas periodicamente pelos comerciantes, com o fito de renovação, expurgando-os de produtos ultrapassados, mercadorias defeituosas ou artigos que caíram de moda, ou não mais se adaptam à nova estação.

A intenção subjacente aqui não é liquidar o passivo, mas, tão somente, se desfazer do estabelecimento, sem satisfação dos credores. Por tal razão, na visão de Miranda Valverde,⁴⁷⁵ o legislador vislumbraria a malícia, possibilitando se interrompa a prática mediante a declaração de falência.

Todavia, como bem esclarece Silva Pacheco,⁴⁷⁶ a intenção é irrelevante, bastando o fato da liquidação precipitada, a qual, inclusive, pode decorrer de leilão (ainda quando levada a cabo por leiloeiro público).

O emprego de meios ruinosos ou fraudulentos, também, por si só constituem justo título para a falência. Situam-se no elenco dos primeiros, conforme a lição da doutrina,⁴⁷⁷ todos aqueles que “prejudicam a empresa, comprometem a sua situação, levam-na à insolvência, impedem-na de operar em todos os seus setores, diminuem-lhe a receita e o crédito...”, dificultando-lhe os negócios. Dentre os exemplos oferecidos, destacam-se a venda dos equipamentos e maquinário necessários ao exercício da atividade; o trespasse imotivado de estabelecimento empresarial com a perda do ponto e do direito à renovatória; o pagamento de comissões elevadas; “a emissão de títulos de mero favor ou fictícios”, ou o abuso nas garantias prestadas, a contratação de empréstimos a juros excessivos, dentre outros.

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

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

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

⁴⁷⁴ Cf. VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, p. 67-68.

⁴⁷⁵ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, p. 67-68.

⁴⁷⁶ *Idem*, p. 154.

⁴⁷⁷ *Idem*, *ibidem*.

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

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

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

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

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

Outra é a situação prevista na alínea *d*. A norma exige a demonstração do elemento subjetivo, da intenção de burlar a lei, a fiscalização ou prejudicar credores.

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

Como bem demonstrado por Oscar Barreto Filho,⁴⁷⁸ para alguns, assim Carvalho de Mendonça e Miranda Valverde, estabelecimento principal seria o do lugar onde se situaria a sede da administração dos negócios do comerciante, identificando estabelecimento principal com estabelecimento matriz. Todavia, como acautela, há sempre a possibilidade de alterar-se o endereço da sede da empresa, perante a iminência de quebra.

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

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

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

⁴⁷⁸ BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial*, p. 145-146.

A doutrina italiana, assim Piero Pajardi,⁴⁷⁹ considera que na idéia de “fuga” do empresário cabe, inclusive, o suicídio ou tentativa de suicídio. O argumento é o de que a situação precária da empresa revela-se por estes comportamentos arriscados que, por si só, demonstram a inexistência de soluções satisfatórias para os credores.

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

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

O § 1.º traz uma inovação, conseqüência do limite mínimo (40 salários) que agora se exige. É claro que a criação formal de litisconsórcio ativo afasta a possibilidade de que os credores, entre si, impugnem os respectivos créditos. Mas resta claro, outrossim, que o fato de um terceiro credor impugnar e obter sucesso na impugnação de qualquer um dos créditos, objeto do litisconsórcio, não alterará a falência já decretada, posto que a impugnação somente tem lugar em momento posterior. Tal, porém, não ocorre em relação ao falido, o qual, na sua contestação, pode, como matéria de defesa, impugnar este ou aquele crédito, demonstrando a inexistência do mínimo legal.

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

Com relação às doações, é necessário fazer uma ressalva, parecendo correto conservar o entendimento da doutrina que admite, para as remuneratórias, a habilitação em tudo o que não exceda os serviços prestados. O entendimento, todavia, não se estende à doação com encargo.⁴⁸⁰

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

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

Mas considerando que a condenação em prestação alimentícia não tem a força de coisa julgada, posto sempre poder se alterar a situação do devedor, a hipótese deve ser afastada, posto que nenhum sintoma de alteração na condição de fortuna do alimentante pode ser mais claro do que a falência. Não se pode esquecer, todavia, que a legitimidade para tanto, em princípio, seria do devedor, restando em discussão se os credores poderiam ou não impugnar tal crédito, dada a natureza de prestação alimentar.

Cuidando-se de título executivo, a Lei exige a sua apresentação no original (cf. art. 9.º, parágrafo único, da Lei 11.101/2005). Com este teor, já dispunha o antigo

⁴⁷⁹ PAJARDI, Piero. *Manuale di diritto falimentare*, p. 99.

⁴⁸⁰ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, p. 209.

art. 82, § 1.º do Dec.-lei revogado. Vale, portanto, a mesma orientação de que o “(...) documento constitutivo de obrigação, só pode, em regra, ser suprido por outro que mereça igual fé (...)”,⁴⁸¹ exigindo-se, para aqueles documentos versados em língua estrangeira, a tradução por tradutor juramentado.

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

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

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

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

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

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

A orientação atual é mais branda do que aquela do direito anterior, posto que ali o pedido de concordata preventiva só constituía matéria de defesa se a entrada do pedido tivesse lugar antes da citação para responder ao pedido de falência. Quanto à suspensiva, este somente adviria após a falência já ter sido decretada e o crédito do empresário prejudicado.

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

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

I – falsidade de título;

II – prescrição;

III – nulidade de obrigação ou de título;

IV – pagamento da dívida;

V – qualquer outro fato que extinga ou suspenda obrigação ou não legitime a cobrança de título;

⁴⁸¹ Idem, v. 2, p. 81.

- VI – vício em protesto ou em seu instrumento;
 - VII – apresentação de pedido de recuperação judicial no prazo da contestação, observados os requisitos do art. 51 desta Lei;
 - VIII – cessação das atividades empresariais mais de 2 (dois) anos antes do pedido de falência, comprovada por documento hábil do Registro Público de Empresas, o qual não prevalecerá contra prova de exercício posterior ao ato registrado.
- § 1º Não será decretada a falência de sociedade anônima após liquidado e partilhado seu ativo nem do espólio após 1 (um) ano da morte do devedor.
- § 2º As defesas previstas nos incisos I a VI do *caput* deste artigo não obstam a decretação de falência se, ao final, restarem obrigações não atingidas pelas defesas em montante que supere o limite previsto naquele dispositivo.

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

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

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

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

Melhor, portanto, que se acate a expressão em sentido amplo, a saber, como gênero, compreensivo de fatos jurídicos em sentido estrito e igualmente de atos jurídicos.⁴⁸² Com este teor, o *fato* autorizador da defesa pode ser tanto “de ordem substancial, quanto formal, ou meramente processual”.⁴⁸³

A falsidade, prevista no inc. I, é tanto a falsidade material (fabricação ou alteração física do documento) como a ideológica. Cabe, ainda aqui, a lição de Valverde,⁴⁸⁴ entendendo

⁴⁸² Cf. TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*, p. 11.

⁴⁸³ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 1, p. 95.

⁴⁸⁴ *Idem*, p. 87.

a expressão *título* não só como o documento ou o instrumento que contém a obrigação; mas outrossim a sua causa. Destarte se a declaração, ali exarada, foi contrária à real vontade do declarante, o título está viciado.

A prescrição (inc. II) extintiva é modo usual de extinção da obrigação. Razoável, portanto, se inclua dentre as razões relevantes, invocadas para a defesa do devedor, em que pese, atualmente possa ser decretada de ofício.

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

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

Note-se que a nulidade, igualmente, pode ser declarada de ofício (art. 168, parágrafo único, do CC). Mas também aqui o descuido do devedor, na sua defesa, não prejudicará os credores concorrentes, posto que a Lei (art. 168, *caput*, do CC) faculta seja ela argüida por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, quando necessária a sua intervenção.

O pagamento é modo normal de extinção das obrigações. Cuida-se aqui de pagamento feito antes da citação do devedor para o procedimento falimentar, já que a Lei disciplina em artigo apartado (art. 98.º, parágrafo único, Lei 11.101/2005) o depósito, posterior à citação, feito para elidir a falência.

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

Contudo, como assinalava Manoel Justino Bezerra Filho,⁴⁸⁵ nenhum juiz seria tão formal a ponto de declarar a falência por se cuidar de pagamento após o requerimento.

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

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

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

A apresentação do pedido de recuperação judicial no prazo da citação é orientação mais branda que a anteriormente acatada no Dec.-lei revogado, o qual exigia que o

⁴⁸⁵ BEZERRA FILHO, Manuel Justino. *Lei de Falências comentada*, p. 91.

requerimento de concordata preventiva fosse anterior à citação. A par disto, é menos hipócrita, não autorizando manobras protelatórias, com o fito de furtrar o devedor à citação, de molde a facultar o ingresso do pedido de concordata a tempo.

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

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

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

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

Cessada a atividade empresarial, inexistente legitimação passiva para requerer a falência do devedor, posto que não é mais empresário. Inclusive, assinalava Miranda Valverde⁴⁸⁶ que, mesmo quando a pessoa contraísse obrigação líquida no decurso deste prazo, a impontualidade não mais poderia fundamentar o pedido de falência, por não se tratar de dívida contraída por comerciante. A lição permanece atual, autorizando o mesmo raciocínio com relação ao empresário.

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

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

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

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

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

Por outro lado, considerando que o fato de encontrar-se em liquidação não obsta possa ser declarada falida, se assim não ocorreu é porque tinha bens suficientes para saldar o passivo ou o credor não foi diligente. Considerando que o direito não se compadece com a negligência, a solução é a adequada, ainda mais tendo em vista que a norma do art. 218 daquela Lei

⁴⁸⁶ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, p. 93.

faculta ao credor o direito de exigir dos acionistas, individualmente, o pagamento de seus créditos até o limite das somas por eles recebidas. Ademais disto, há possibilidade de pleitear perdas e danos do liquidante.

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

O prazo de um ano a contar da morte do devedor, para que se possa decretar a falência do espólio, é igualmente de decadência. Dentro deste prazo a falência pode ser decretada, inclusive por débitos posteriores à morte do empresário individual, dada a possibilidade da continuidade da empresa, pelo inventariante, até que se partilhem todos os bens. Decorrido este prazo, como alerta Miranda Valverde,⁴⁸⁷ somente poderá ser decretada a falência dos herdeiros que prosseguiram no exercício da empresa do *de cuius*.

Encerrando o elenco, a norma consubstanciada no § 2.º do artigo em exame, saudavelmente, salienta-se que se as defesas apresentadas com fundamento nos seus incs. I a VI não forem suficientes para a completa extinção da obrigação inadimplida, o credor pode pedir a falência pelo saldo, desde que acima daquele limite de 40 salários mínimos, estabelecidos no *caput* do art. 94.

Art. 97. Podem requerer a falência do devedor:

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

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

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

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

A situação descrita no inc. I é a de autofalência, regulada nos arts. 105 a 107 da Lei.

A obrigação legal de requerer a autofalência, já prevista na norma do art. 8.º do Dec.-lei falimentar revogado, permanece. Mas agora sem o prazo de trinta dias e sem o protesto como marco inicial.

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

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

⁴⁸⁷ Idem, v. 1, p. 94-95.

Cuida-se, portanto, de confissão de falência.

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

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

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

Sob a expressão “administradores”, entenda-se diretores, posto que só a estes incumbe a representação da companhia (art. 138, § 1.º, da Lei 6.404/1976). A deliberação é da competência da Assembléia-Geral extraordinária, já que a falência implica em dissolução da companhia (art. 122, IX, da Lei 6.404/1976).

Excepcionalmente, em caso de emergência, o controlador pode autorizar aos administradores o pedido, independente de manifestação anterior da Assembléia-Geral. Mas esta, a Assembléia-Geral, deverá ser imediatamente convocada (art. 122, parágrafo único, da Lei 6.404/1976). Quanto às sociedades limitadas empresárias, a competência é, igualmente, da Assembléia ou da reunião dos sócios, e o *quorum* é aquele previsto na norma do art. 1.076, I, do CC, por analogia ao disposto na norma do art. 1.071, VI (dissolução de sociedade), do CC, visto que o Código não previu a possibilidade de autofalência, mas tão só o pedido de concordata.

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

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

Mas, por outro lado, esta mesma norma do art. 105 impõe ao falido o dever de confessar, perante a crise econômica da empresa. Destarte, se os sócios solidários são igualmente considerados falidos, então não poderiam se opor ao pedido. A questão,

contudo, permanece em aberto, e, como a existência da sociedade em nome coletivo é rara na atualidade, provavelmente não se contará com o auxílio da jurisprudência para tanto, restando, apenas, os subsídios dos estudiosos.

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

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

A situação descrita no inc. II é, da mesma forma, confissão de falência. Mas aqui não vigora a regra que impede seja declarada a falência do espólio após um ano, contado da morte do devedor (art. 96, § 1.º, da LRE). Com este entendimento está Miranda Valverde,⁴⁸⁸ para quem “(...) cuida-se de restrição dos direitos dos credores, em benefício do cônjuge sobrevivente e dos herdeiros do devedor (...)”.

Como a norma repete o disposto no art. 9.º, I, do Dec.-lei revogado, perdura a lição da doutrina,⁴⁸⁹ a ensinar que a faculdade, aqui, é cumulativa e não sucessiva.

Vale dizer, qualquer um dos sujeitos aí indicados pode apresentar o pedido. Quanto ao consorte sobrevivente, porém, este somente estará legitimado se tiver “(...) interesses econômicos ligados ao espólio (...)”,⁴⁹⁰ o que certamente não ocorrerá quando o regime do casamento for aquele da absoluta separação de bens e existirem herdeiros necessários, já que o ex-cônjuge careceria de interesse processual.

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

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

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

⁴⁸⁸ Idem, p. 154.

⁴⁸⁹ Idem, p. 153.

⁴⁹⁰ Idem, *ibidem*.

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

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

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

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

O direito anterior (Dec.-lei 7.661/1945) estabelecia um procedimento diferente para os pedidos de falência com base na impontualidade (arts. 1.º e 11) e para aqueles fundados em atos de falência (arts. 2.º e 12). Enquanto para os primeiros permitia-se um “desdobramento” da defesa (arts. 11, 17 e 18), dada a exigüidade dos prazos (24 horas a contar da juntada do mandado em cartório) e do fato de cuidar-se de título líquido e certo, o que não dava muita margem para defesas, para os segundos inexistia tal desdobramento.

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

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

É certo que a doutrina admitia a possibilidade de citação por correio, desde que o aviso de AR fosse assinado pelo falido ou pelo representante legal da falida,⁴⁹¹ mas não aceitava em nenhum momento a possibilidade da citação por hora certa. Perante o silêncio da Lei atual, resta indagar se a modalidade poderá ser aceita.

Lembra-se ademais que, embora a norma do art. 9.º, II, do CPC ordenasse a nomeação de curador especial ao revel citado por edital, a exigüidade do prazo para defesa vedava esta possibilidade quando se cuidasse de pedido fundado na impontualidade.⁴⁹² Aplicava-se a solução somente quando o pedido estivesse lastreado em atos de falência. O argumento era o de que, uma vez citado o devedor, os autos deveriam ir conclusos imediatamente para sentença.

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

⁴⁹¹ Cf. BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Falências comentada*, p. 125.

⁴⁹² *Idem*, p. 126.

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

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

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

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

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

Com o depósito a ação toma rito ordinário, persistindo apenas para a discussão da legitimidade do pedido. Caso considerado improcedente, o devedor depositante levanta a quantia depositada, acrescida do ônus da sucumbência, facultado ademais possa se valer da ação indenizatória a que se faz menção, em seguida, no art. 101 da Lei 11.101/2005.

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

I – conterá a síntese do pedido, a identificação do falido e os nomes dos que forem a esse tempo seus administradores;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

XIII – ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento, para que tomem conhecimento da falência.

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

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

A sentença que decreta a falência, como há longo tempo proclama a doutrina,⁴⁹³ não é meramente declaratória, mas, por dar lugar a um novo estado jurídico – aquele de falência –, é igualmente constitutiva, posto produzir efeitos *ex nunc* e *ex tunc* que alteram relações jurídicas preexistentes, ou criam novas (v. arts. 77, 102, 103, 108, 115-117, 120, 121, 122, 125 e 129 da Lei 11.101/2005), e, como professam alguns,⁴⁹⁴ executiva, já que proferida em processo de execução coletiva universal.

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

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

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

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

Esta licença, se, por um lado, facilita o trabalho do magistrado, que anteriormente deveria se esmerar para fundamentar a decisão neste sentido, por outro, abre caminho

⁴⁹³ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 1, p. 178; e, recentemente, NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*, p. 163, reportando-se a Pontes de Miranda.

⁴⁹⁴ ASSIM, PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata*, p. 230 *in fine*.

para injustiças insanáveis, posto que, até o julgamento da ação de responsabilidade, há a possibilidade de prejuízo decorrente da imobilização do patrimônio particular do administrador, a final, inocente.

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

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

A data do pedido de recuperação judicial servirá como termo quando resultar da transformação desta medida em falência, reservando-se a data do primeiro protesto para os pedidos de falência fundados na impontualidade. Neste ponto, a Lei, salutarmente, exclui possam ser objeto de referência os protestos cancelados, razão de algumas querelas durante a vigência do Dec.-lei revogado.

A medida justifica-se, tendo em vista que a falência é estado que se constrói e se prolonga no tempo. No mais das vezes, a crise econômica da empresa surge como moléstia insidiosa que, lentamente, vai minando a sua “saúde”, e neste *iter*, no afã de sobrevivência, o empresário lança mão de meios desastrosos, impensadamente favorecendo alguns credores no interesse de outros. Por tal razão a lei, independente da prova da má-fé, presume fraudulenta⁴⁹⁵ a prática de alguns atos praticados neste termo, declarando-os ineficazes perante a massa, conforme o teor do seu art. 129.

Observe-se que o termo legal somente abrange as situações descritas nos incs. I, II e III deste art. 129. As demais, arroladas nos incs. IV a VII, estão fora deste termo legal, embora contaminadas pela mesma presunção.

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

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

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

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

⁴⁹⁵ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, p. 183.

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

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

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

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

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

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

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

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

E na hipótese, prelecionava a doutrina, ainda no decurso da existência do Dec.-lei revogado, tal pode ocorrer independentemente do requerimento do Ministério Público.⁴⁹⁶

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

A figura do síndico foi substituída pelo administrador judicial (art. 99, IX, da Lei 11.101/2005), agora adequado a cumular também a função do antigo comissário, posto que presente igualmente na recuperação judicial (art. 52, I, da Lei 11.101/2005). Seus deveres são, *mutatis mutandis*, aqueles anteriormente atribuídos ao síndico e ao comissário, exercendo a mesma função de administração e representação da massa falida, as quais são, da mesma forma, indelegáveis e remuneradas (art. 24 da Lei 11.101/2005). É, ademais, da mesma forma que seu antecessor, o síndico, órgão obrigatório da falência, posição que ocupa juntamente com o juiz e o Ministério Público.

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

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

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

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

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

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

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

⁴⁹⁶ Idem, *ibidem*.

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

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

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

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

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

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

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

O atual art. 101 da nova Lei de Falências repete com poucas variações o anteriormente estabelecido na norma do art. 20 do Dec.-lei revogado. Vale, portanto, a lição da doutrina anterior e, neste sentido, aquela de Miranda Valverde,⁴⁹⁷ esclarecendo que por “dolo”, aqui, entender-se-á má-fé e a sanção, pena que se impõe ao litigante malicioso.

Ademais disto, como bem pondera Silva Pacheco,⁴⁹⁸ a condenação em perdas e danos pode ser decretada de ofício independentemente do pedido do falido, e isto mesmo que “...se invoquem os arts. 158 e 460 do CPC...”.

O que se tem que provar é a má-fé, o comportamento malicioso e não os eventuais prejuízos que serão apurados (quando existentes) na fase de execução, procedendo-se à liquidação conforme ordena o atual art. 475-A do CPC.

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

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

⁴⁹⁷ *Idem*, v. 1, p. 197.

⁴⁹⁸ PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata*, p. 252.

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

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

Seção V

Da inabilitação empresarial, dos direitos e deveres do falido

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

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

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

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

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

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

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

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

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

Parágrafo único. O falido poderá, contudo, fiscalizar a administração da falência, requerer as providências necessárias para a conservação de seus direitos ou dos bens arrecadados e

intervir nos processos em que a massa falida seja parte ou interessada, requerendo o que for de direito e interpondo os recursos cabíveis.

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

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

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

Esta apreensão, como preleciona Ricardo Negrão,⁴⁹⁹ inclusive pode anteceder a decretação da quebra, como medida assecuratória, durante o curso da instrução do procedimento pré-falimentar, como ocorre na apuração das situações arroladas no art. 94, III, da nova Lei (atos de falência).

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

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

Os bens, assim arrecadados, vão formar (como já mencionado) a massa falida objetiva, a qual, na visão de Miranda Valverde,⁵⁰⁰ constitui um patrimônio autônomo, assim compreendido como o complexo de direitos e obrigações destinados, pela lei, a atender uma determinada finalidade. Ou como explicita: é o patrimônio do devedor “(...) sob o novo tratamento ou regime jurídico (...)” e este entendimento coaduna-se com as novas tendências, posto que, por mais de uma vez, a Lei menciona a possibilidade da existência de massas patrimoniais com destinação específica; assim ocorre, v.g., na norma do art. 994 do CC, quando se fala em patrimônio especial; no art. 10, II, da Lei 9.514/1997, a reportar-se diretamente à figura do patrimônio separado e, inclusive, à sua liquidação (inc. V), e do que, ainda, é exemplo a Lei 10.931, de 02 de agosto de 2004, dispondo expressamente sobre o patrimônio de afetação.

A evolução, facultando a possibilidade da visualização do patrimônio em abstrato, permite seja acatada a visão de Miranda Valverde, entusiasticamente defendida, outrossim, por Rubens Requião.⁵⁰¹

⁴⁹⁹ NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*, p. 224.

⁵⁰⁰ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 1, p. 279.

⁵⁰¹ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*, v. 1, p. 154.

Mas a Lei não indica qual a sanção para o eventual ato de disposição de bens após a decretação da falência, a qual, todavia, considerando-se cuidar de violação a imperativo legal, deve se traduzir em nulidade.

Alerta-se, ademais, que, no bojo desta apreensão, visto a Lei ordenar que se arrecadem todos os bens em poder do falido, podem advir bens de terceiros, situação em que lhes será facultado o recurso ao pedido de restituição, agora disciplinado nas normas dos arts. 85 a 93 da Lei 11.101/2005. Lembramos, ademais, que, em se tratando de credor garantido mediante alienação fiduciária, ou com reserva de domínio, se já iniciado o pedido de busca e apreensão, antes do requerimento de falência, este não obstará o prosseguimento da medida, dispensando a apresentação do pedido de restituição.

Se, todavia, já foi requerida a falência, também nestes casos o pedido de restituição será de rigor.

Art. 104. A decretação da falência impõe ao falido os seguintes deveres:

I – assinar nos autos, desde que intimado da decisão, termo de comparecimento, com a indicação do nome, nacionalidade, estado civil, endereço completo do domicílio, devendo ainda declarar, para constar do dito termo:

- a) as causas determinantes da sua falência, quando requerida pelos credores;
- b) tratando-se de sociedade, os nomes e endereços de todos os sócios, acionistas controladores, diretores ou administradores, apresentando o contrato ou estatuto social e a prova do respectivo registro, bem como suas alterações;
- c) o nome do contador encarregado da escrituração dos livros obrigatórios;
- d) os mandatos que porventura tenha outorgado, indicando seu objeto, nome e endereço do mandatário;
- e) seus bens imóveis e os móveis que não se encontram no estabelecimento;
- f) se faz parte de outras sociedades, exibindo respectivo contrato;
- g) suas contas bancárias, aplicações, títulos em cobrança e processos em andamento em que for autor ou réu;

II – depositar em cartório, no ato de assinatura do termo de comparecimento, os seus livros obrigatórios, a fim de serem entregues ao administrador judicial, depois de encerrados por termos assinados pelo juiz;

III – não se ausentar do lugar onde se processa a falência sem motivo justo e comunicação expressa ao juiz, e sem deixar procurador bastante, sob as penas cominadas na lei;

IV – comparecer a todos os atos da falência, podendo ser representado por procurador, quando não for indispensável sua presença;

V – entregar, sem demora, todos os bens, livros, papéis e documentos ao administrador judicial, indicando-lhe, para serem arrecadados, os bens que porventura tenha em poder de terceiros;

VI – prestar as informações reclamadas pelo juiz, administrador judicial, credor ou Ministério Público sobre circunstâncias e fatos que interessem à falência;

VII – auxiliar o administrador judicial com zelo e presteza;

VIII – examinar as habilitações de crédito apresentadas;

IX – assistir ao levantamento, à verificação do balanço e ao exame dos livros;

X – manifestar-se sempre que for determinado pelo juiz;

XI – apresentar, no prazo fixado pelo juiz, a relação de seus credores;

XII – examinar e dar parecer sobre as contas do administrador judicial.

Parágrafo único. Faltando ao cumprimento de quaisquer dos deveres que esta Lei lhe impõe, após intimado pelo juiz a fazê-lo, responderá o falido por crime de desobediência.

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

A norma repete, com poucas variações, o estabelecido anteriormente no art. 34 do Dec.-lei revogado.

Todos os atos aqui descritos devem ser cumpridos pessoalmente pelo falido, salvo quando a lei expressamente autorize possa fazê-lo mediante representação. Por tratar-se de deveres impostos pela Lei, seu descumprimento poderá levar à prisão do falido.

Em virtude do caráter pessoal desses deveres, a presença do falido no foro da falência é impositiva. E a exigência justifica-se, considerando que ninguém melhor que o falido para informar ao juízo as causas da falência, a localização de seus bens, quem são seus sócios, qual o contabilista encarregado da sua escrituração e outros elementos que a Lei solicita, com o fito de agilizar a organização do processo falimentar.

Estas informações, como bem preleciona Miranda Valverde,⁵⁰² constituem a base de todo o procedimento falimentar, que tem lugar nesta primeira fase, assim dita *de conhecimento*, na qual “se arrecadam os bens, se fixam as causas da falência e se distribuem responsabilidades, e ficam, em regra, perfeitamente delimitados os direitos e as obrigações da massa falida (...)”.

A intimação do falido resulta da publicação da sentença na forma indicada no art. 191 da Lei 11.101/2005. Isto, é claro, desde que tenha sido citado regularmente para acompanhar o processo, na forma assinalada no seu art. 98. A ausência da citação regular, como ocorre nos demais procedimentos, induz à nulidade.

O termo de comparecimento é lavrado em cartório pelo escrivão e, como alerta Silva Pacheco,⁵⁰³ o fato do falido recorrer da sentença declaratória não o exime do comparecimento.

A par da sua qualificação (inc. I), exige a Lei que declare as causas da falência quando requerida pelos credores, posto que, em se tratando de autofalência, estas, tendo em vista o disposto na norma do art. 105 da Lei 11.101/2005, já constam do pedido.

Miranda Valverde⁵⁰⁴ vê nesta informação um modo de responsabilizar o falido por suas afirmações, o que será posteriormente apreciado pelo administrador judicial (na lei anterior, o síndico) quando da apresentação do relatório a que faz menção, agora, a norma do art. 22, III, e, da Lei 11.101/2005, e vale para determinar eventual responsabilidade civil e a existência de crime falimentar do falido ou de outros envolvidos.

Cuidando-se de pessoa jurídica, estas informações serão prestadas pelo representante ou representantes legais, e a exigência da indicação de todos os sócios e demais diretores é de rigor, tendo em vista a possível responsabilidade pessoal destes senhores, para os fins previstos na norma do art. 82 da Lei 11.101/2005.

⁵⁰² VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 1, p. 256.

⁵⁰³ PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata*, p. 297.

⁵⁰⁴ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 1, p. 256.

A indicação do contabilista é igualmente de rigor, considerando a sua responsabilidade, posto que na hipótese de fraude dos lançamentos contábeis pode, igualmente, responder, juntamente com o falido (o qual, como preponente, também se obriga) por crime falimentar, tal como estabelece a norma do art. 168, § 3.º, da Lei 11.101/2005.

Impõe-se, ademais, a indicação dos mandatos outorgados, os quais, com o advento da falência perdem seus efeitos, impondo-se aos mandatários prestem contas da gestão à massa falida, como ordena a norma do art. 120 da Lei 11.101/2005.

Note-se que, inclusive, o mandato judicial para a representação do falido poderá posteriormente ser revogado pelo administrador judicial (§ 1.º), circunstância que antes não se colocava perante o teor da norma do art. 49 do Dec.-lei revogado, que expressamente se referia somente aos mandatos referentes aos negócios de interesse da massa falida.

A revogação dos mandatos conferidos, todavia, não atingem aqueles que o falido tenha recebido, quando não digam respeito aos interesses da massa falida (§ 2.º).

A razão da exigência consubstanciada na alínea *e* é visível, considerando a necessidade de arrecadar todos os bens que compõem o patrimônio do devedor, os quais podem não se encontrar *in totum* no estabelecimento. Com a informação, facilita-se o trabalho de arrecadação dos bens que compõem a massa falida objetiva, facultando, destarte, a sua posterior liquidação. Paralelamente, afasta-se a possibilidade de ocultamento ou de sonegação destes bens em prejuízo dos credores.

A Lei determina o desapossamento do falido de todos os seus bens. Assim sendo, é natural que sejam, igualmente, apreendidos os valores das participações societárias que detenha em outras sociedades. Nestas circunstâncias, tendo em vista o disposto na norma do art. 1.026 do CC, a massa pode pedir seja liquidada a quota do devedor, ingressando o produto para a sua composição.

Em se tratando de ações de companhia aberta, a sua liquidação deve obedecer às normas particulares do mercado, a cuja negociação foram admitidas conforme o registro feito (Bolsa, Mercado de Balcão ou Mercado de Balcão organizado).

A mesma razão fundamenta a exigência da indicação de suas contas bancárias, investimentos e títulos em cobrança, posto que todos estes recursos serão arrecadados para integrar a massa falida objetiva. A indicação dos processos em que for autor ou réu refere-se somente àqueles que tenham por objeto interesses patrimoniais que possam dizer respeito à massa falida, não se estendendo aos particulares que se refiram a direitos personalíssimos do autor e de sua família.

Mas cuidando-se de empresário em nome individual e considerando que a falência abrange também os bens futuros, o inventário em que seja beneficiado como herdeiro interessa também à massa. Em todos estes processos, a figura do devedor será substituída por aquela do administrador judicial, que passará a atuar nestes procedimentos, tendo em vista o interesse da massa falida.

Os livros obrigatórios são essenciais para acompanhar a evolução dos negócios do devedor e, outrossim, verificar a ocorrência de crime falimentar decorrente de sua adulteração ou eventuais omissões. Lembramos que, em matéria de prova, estes livros provam a favor e contra o empresário seu titular. Destarte, a sua arrecadação é impositiva para o bom andamento do procedimento.

Os atos do procedimento falimentar, tendo em vista a quantidade de interesses envolvidos, devem desenvolver-se com certa celeridade, sob pena de perpetuarem-se. Por tal razão exige-se permanença o falido no foro da falência, de molde a atender com presteza os atos em que sua presença ou informações sejam necessárias. Esta exigência, todavia, como já ocorria na lei anterior, não atinge as viagens de curto regresso. Para as demais, contudo, a autorização do juízo é impositiva.

A Lei inova neste ponto. A orientação anterior (art. 34, IV, do Dec.-lei 7.661/1945) somente autorizava o comparecimento mediante procurador, quando ocorressem motivos justos e o juiz autorizasse a tanto. O critério atual é mais brando, dispensando a autorização do juiz e contentando-se em que seja dispensável a presença, o que, será, provavelmente, objetivamente estimado.

Repete-se no inc. V a mesma exigência de atender aos interesses da massa falida. Os livros, papéis e documentos a que agora se faz menção são outros, que não os livros empresariais, e que possam, por qualquer modo, dizer respeito ao procedimento falimentar.

Destarte, ademais dos livros obrigatórios, se impõe entregue também aqueles facultativos e demais papéis e documentos relativos que versem sobre a atividade desenvolvida.

Note-se, outrossim, que o dever, agora, não é o de somente declarar os bens que possui, mas, igualmente, o *de entregar* estes bens, indicando, ademais, aqueles que estejam em posse de terceiros para o fim da arrecadação.

O falido, melhor que ninguém, tem conhecimento do estado de seus negócios, e por tal razão a Lei impõe-lhe o dever de prestar esclarecimentos, quando solicitado pelo Juízo, pelo Ministério Público ou por qualquer credor.

Pela mesma razão, deve auxiliar o administrador judicial com zelo e lealdade, examinando as habilitações de crédito apresentadas. A sua informação contrária à legitimidade, importância ou classificação dos créditos poderá transmudar-se em impugnação, na forma assinalada pela norma do art. 8.º da nova Lei, servindo de lastro, igualmente, para a manifestação do administrador judicial, conforme o art. 12, parágrafo único da nova Lei.

Sua presença ao levantamento e verificação do balanço, bem como ao exame dos livros, é por outro lado, não só de interesse dos credores, como do próprio falido, razão pela qual deve estar presente, podendo se valer, para tanto, de profissional habilitado.

O prazo para apresentar a relação de seus credores é aquele fixado na norma do art. 99, III, da nova Lei. A saber, 5 (cinco) dias, a contar da publicação do edital da sentença declaratória da falência.

Por final, considerando que o patrimônio em jogo é seu e que tem o direito de fiscalizar a administração da falência, nada mais razoável do que verificar o desempenho da administração levada a efeito, examinando e opinando sobre as contas apresentadas pelo administrador judicial (arts. 22, III, *r*, 154 e 155), as quais, se inexatas, podem levar à destituição do faltoso e à perda da sua remuneração, ademais da possibilidade de determinar a indisponibilidade ou o seqüestro de seus bens para atender aos eventuais danos causados à massa falida (arts. 24, § 4.º e 154, § 5.º).

A pena de prisão administrativa por desobediência já se encontrava prevista na lei anterior, na norma do seu art. 35.

Esta prisão, não se confunde com aquela que pode resultar da prática de crime falimentar, como previsto na norma do art. 99, inc. VII, quando da prolação da sentença de falência. Lá cuidava-se de prisão preventiva; a hipótese do art. 104, parágrafo único cuida de prisão administrativa por crime de desobediência, prevalecendo o entendimento de que, como tal, não deverá ultrapassar os limites fixados na lei penal (art. 330 do CP).

No direito anterior, o recurso previsto era o de agravo de instrumento, ao qual, conforme a doutrina,⁵⁰⁵ tendo em vista a nova redação, poder-se-ia conceder efeito suspensivo, na forma do inc. II do art. 527 do CPC de molde a sustar a execução da ordem de prisão. A solução, salvo melhor juízo, mantém-se, agora com o agravo retido e parece-nos a mais indicada.

⁵⁰⁵ BEZERRA FILHO, Manuel Justino. *Lei de Falências comentada*, p. 196.

Seção VI

Da falência requerida pelo próprio devedor

Art. 105. O devedor em crise econômico-financeira que julgue não atender aos requisitos para pleitear sua recuperação judicial deverá requerer ao juízo sua falência, expondo as razões da impossibilidade de prosseguimento da atividade empresarial, acompanhadas dos seguintes documentos:

I – demonstrações contábeis referentes aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de:

- a) balanço patrimonial;
- b) demonstração de resultados acumulados;
- c) demonstração do resultado desde o último exercício social;
- d) relatório do fluxo de caixa;

II – relação nominal dos credores, indicando endereço, importância, natureza e classificação dos respectivos créditos;

III – relação dos bens e direitos que compõem o ativo, com a respectiva estimativa de valor e documentos comprobatórios de propriedade;

IV – prova da condição de empresário, contrato social ou estatuto em vigor ou, se não houver, a indicação de todos os sócios, seus endereços e a relação de seus bens pessoais;

V – os livros obrigatórios e documentos contábeis que lhe forem exigidos por lei;

VI – relação de seus administradores nos últimos 5 (cinco) anos, com os respectivos endereços, suas funções e participação societária.

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

Cuida-se aqui, como mencionado retro, em comentário aos incs. I, II e III do art. 97, de autofalência, disciplinando-se neste local as condições que o pedido deve preencher.

As demonstrações contábeis, a que a Lei faz menção, são as especialmente levantadas para fundamentar o pedido e necessárias para avaliar a inviabilidade econômica da atividade exercida.

Repetem-se aqui, e pelas mesmas razões, as exigências feitas ao falido na norma do artigo antecedente. Destarte, a formação da massa falida subjetiva, com a relação dos credores, e, outrossim, a patrimonial (massa falida subjetiva), para o fim de atender aos interesses destes credores. Neste ponto, agilizando, a Lei exige que desde já se apresente a estimativa de valor, que poderá ser objeto de futura avaliação pericial, e os documentos comprobatórios da propriedade, com o que se acelera o andamento do procedimento.

A exigência, consubstanciada no inc. IV, coaduna-se com a lógica falimentar, posto que somente o empresário pode ser sujeito passivo na falência. A norma, em princípio, abriria uma exceção, admitindo pudesse a sociedade “empresaria de fato” requerer a

autofalência, quando menciona a exigência de que se apresente “(...) o contrato social ou estatuto em vigor ou, *se não houver*, a indicação de todos os sócios (...)”. O mesmo entendimento adviria do fato de a norma do art. 97 somente exigir a prova da regularidade do exercício da empresa por parte do credor. Tal conclusão, porém, esbarra com o disposto na norma do art. 987 do CC, a qual proíbe aos sócios, entre si, provarem a existência da sociedade sem a existência de documento escrito que a tanto ateste. Mas, ao mesmo tempo, não impede que estes, em comum acordo, confessem a existência da sociedade. Mas a solução deixa de lado a possibilidade de o empresário, pessoa física, confessar a própria falência, e não é possível a mesma norma legal prever um tratamento desigual para a mesma realidade, a saber: exercício de fato da atividade empresarial. Lembramos que o direito anterior não excluía a possibilidade de o “comerciante irregular” confessar a própria falência, desde que, como prelecionava Miranda Valverde,⁵⁰⁶ desde que juntassem “prova de sua qualidade, talões ou recibos de impostos pagos para o exercício da profissão (...)”. Entenda-se, portanto, a autorização, para a confissão da autofalência, como extensiva inclusive aos empresários irregulares, tal como era a orientação do direito anterior.⁵⁰⁷ Igualmente, o aqui estabelecido destina-se, também, à sociedade em conta de participação, cuja existência pode provar-se por todos os meios de direito, como faculta a norma do art. 992 do CC.

Os livros obrigatórios e demais documentos preenchem, ainda aqui, a função informativa a que fizemos menção nos comentários ao artigo anterior.

Cuidando-se de sentença declaratória de falência requerida, quer por terceiros credores, quer confessada, as conseqüências são as mesmas, e idênticos os deveres que incumbirão ao falido. Razoável, portanto, preencham os mesmos requisitos.

Quanto aos administradores, a possibilidade de sua responsabilização pessoal, nos termos do art. 82 da nova Lei, dispensa maiores explicações. Resta *in albis* o porquê do prazo de 5 anos, cujo fundamento somente pode ser o de que, sendo a falência um estado que se prolonga no tempo, lícito é apreciar o comportamento de todos os que possam ter dado causa à gestão desastrosa, situação que não é a mesma do sócio que se retirou há mais de dois anos. Quanto ao prazo, não é demais lembrar ser este aquele prescricional acatado na norma do art. 158, III, da Lei, para declarar extintas as obrigações do falido.

Art. 106. Não estando o pedido regularmente instruído, o juiz determinará que seja emendado.

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

Novidade da nova Lei é a possibilidade de emenda, expressamente prevista agora, na norma do art. 106, a qual, no direito anterior, advinha naturalmente da apreciação do pedido, posto que, uma vez confessada, nenhuma alternativa restava ao juízo senão a de declarar a falência, suprindo-se as omissões no decorrer do procedimento.

⁵⁰⁶ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 1, p. 148.

⁵⁰⁷ Idem, *ibidem*.

Art. 107. A sentença que decretar a falência do devedor observará a forma do art. 99 desta Lei.

Parágrafo único. Decretada a falência, aplicam-se integralmente os dispositivos relativos à falência requerida pelas pessoas referidas nos incisos II a IV do *caput* do art. 97 desta Lei.

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

Tratando-se de sentença declaratória de falência, quer requerida por terceiros credores, quer confessada, as conseqüências são as mesmas e idênticos os deveres que incumbirão ao falido. Razoável, portanto, preencham os mesmos requisitos.

Seção VII

Da arrecadação e da custódia dos bens

Art. 108. Ato contínuo à assinatura do termo de compromisso, o administrador judicial efetuará a arrecadação dos bens e documentos e a avaliação dos bens, separadamente ou em bloco, no local em que se encontrem, 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 deprecar, 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 (art. 22, III, *f*, da Lei 11.101/2005), procedendo, quando possível, desde já, à avaliação destes bens (art. 22, III, *g*, da Lei 11.101/2005), para o que poderá contar com o auxílio de profissionais habilitados (art. 22, III, *h*, da Lei 11.101/2005).

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 (art. 6.º da Lei 11.101/2005), são igualmente arrecadados, como preleciona Miranda Valverde,⁵⁰⁸ aqueles “(...) penhorados, apreendidos ou seqüestrados (...)” nas eventuais ações, circunstância em

⁵⁰⁸ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 2, p. 19.

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 (art. 108, § 3.º, da Lei 11.101/2005). 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 (art. 72 do Dec.-lei 7.661/1945), 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 “lacração” do estabelecimento resultava da prática, perante a impossibilidade da arrecadação de todos os bens imediatamente 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 lacração.⁵⁰⁹

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, exhibirá 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,⁵¹⁰ 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 conterà, 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, descumpre com os deveres que lhe foram assinalados no art. 22 da Lei 11.101/2005, podendo ser intimado para apresentar o relatório em 5 (cinco) dias, na forma estabelecida na norma do seu art. 23, sob pena de desobediência.

⁵⁰⁹ Cf. BEZERRA FILHO, Manuel Justino. *Lei de Falências comentada*, p. 272.

⁵¹⁰ PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata*, p. 398 e 399.

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 arts. 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 à considerável desvalorização ou que sejam de conservação arriscada ou dispendiosa, poderão ser vendidos antecipadamente, após a arrecadação e a avaliação, mediante autorização judicial, ouvidos o Comitê e o falido no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

A norma repete disposição do antecedente art. 73 do Dec.-lei revogado. O interesse aqui, da mesma forma como ocorre na norma do art. 111, acima, é o fundamento da medida.

A nova redação não mais fala em “petição fundamentada”, mas esta exigência decorre da Lei, cumprindo ao administrador judicial, tendo em vista o disposto na norma do art. 22, III, I, a autoria do pedido, justificando as razões por que o faz.

Cuidando-se de ato de alienação, a intimação pessoal do representante do Ministério Público para manifestar-se sobre a venda é impositiva, sob pena de nulidade, como faz ver o teor da norma do art. 142, § 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 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 práxis, 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, sobre estes pontos, nada podem dispor.

Seção VIII

Dos efeitos da decretação da falência sobre as obrigações do devedor

PAULO SALVADOR FRONTINI

251. A seção VIII do Capítulo V e seu objeto

A Lei 11.101/2005, ao dispor 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. Espraia-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 brasileiro⁵¹¹ e que, em meio às figuras inovadoras da *recuperação judicial* e da *recuperação extrajudicial*, reaparece, assinalado pelo esforço de se modernizar.⁵¹²

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.⁵¹³

⁵¹¹ 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.

⁵¹² 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, 6. 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, Saraiva, 1965. Também, VALVERDE, Trajano de Miranda, *Comentários à Lei de Falências*, v. 1 – Introdução, 2. ed. Forense, 1.955.

⁵¹³ Dentre a bibliografia já surgida, apontam-se as obras de COELHO, Fábio Ullhôa. *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova Lei de Recuperação e Falências comentada*, do mesmo autor, *Jurisprudência da nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências*; 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 e ABRÃO, Carlos Henrique (coords.). *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 (coord.). *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; MALUF, Clovis Antonio e FARIA, William Marinho. *A Lei de Recuperações comentada e comparada*; CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa*; RAMOS, Tony Luiz. *Plano especial de recuperação das micro e pequenas empresas*.

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 Decretação 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*.⁵¹⁴ A situação pregressa, 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,⁵¹⁵ 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,⁵¹⁶ 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 empresária tiver sócios solidários, ilimitadamente responsáveis, a sentença de falência acarreta-lhes a falência.⁵¹⁷

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.

⁵¹⁴ 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. I, p. 60, item n. 55). A sentença de falência, modificando o quadro jurídico institucional do empresário, tem predominante carga constitutiva.

⁵¹⁵ CF, 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”.

⁵¹⁶ 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, na falência. Mas, o administrador judicial recebeu um aceno de profissionalização, e poderá ser pessoa jurídica especializada. Na recuperação judicial, a antiga figura do *comissário* foi substituída pelo *administrador judicial*, cujas atribuições, todavia, não são de administração.

⁵¹⁷ 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.

252. 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.

253. 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.

254. 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.

255. 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.

Art. 115. A decretação da falência sujeita todos os credores, que somente poderão exercer os seus direitos sobre os bens do falido e do sócio ilimitadamente responsável na forma que esta Lei prescrever.

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, têm seu vencimento antecipado por força de lei.⁵¹⁸

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 subtrair-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.

256. 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.⁵¹⁹ 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*?

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”.⁵²⁰

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.⁵²¹

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, equipamen-

⁵¹⁸ Art. 333, I, do CC.

⁵¹⁹ RUIZ, Arangio. *Instituciones de derecho romano*, p. 358.

⁵²⁰ Art. 91 do CC.

⁵²¹ BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, v. 1, p. 290.

tos 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.

257. 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).⁵²²

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

Em seu ativo, figurarão os bens do ativo patrimonial do falido, que este deve indicar, individualmente, 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.

258. 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?

⁵²² 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.

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 (art. 156 da Lei 11.101/2005), 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* (art. 102 da Lei 11.101/2005), inabilitação que perdurará até a extinção de suas obrigações.⁵²³ 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, § 6.º).

259. 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.

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” (art. 994, *caput*, do CC). 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).

260. 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

⁵²³ 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.

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.

261. Sócio ilimitadamente responsável

O art. 115, sob comentário, 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.⁵²⁴

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

⁵²⁴ 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. 5.º do Dec.-lei 7.661/1945).

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 têm, 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 suspenso 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 (art. 319 do CC); em favor do vendedor, em face do comprador, relativamente à coisa vendida, enquanto não pago o preço, salvo se a venda foi a prazo (art. 491 do CC); ainda em favor do vendedor, em face do comprador, que se tornou insolvente, relativamente à coisa comprada (art. 495 do CC); em favor do depositário, relativamente à coisa depositada, em face do depositante, enquanto não reembolsado de despesas do depósito (art. 644 do CC); em favor do mandatário, em face do mandante, sobre coisa do mandante, até ser reembolsado do que despendeu no cumprimento do encargo (art. 681 do CC); igualmente, em favor do locatário, em face do locador, por força de ressarcimento devido por este àquele (art. 571, parágrafo único, do CC); em favor do credor anticrético, em face do devedor, relativamente ao bem objeto da anticrese, enquanto não paga a dívida (art. 1.423 do CC); em favor do credor pignoratício, em face do devedor, relativamente ao bem empenhado, enquanto não ressarcido de despesas feitas para sua conservação (art. 1.433, II, do CC).

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, inc. 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 à 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, sobrevindo a falência no curso desse intercâmbio contratual.

Contratos bilaterais, como ensina Caio Mario,⁵²⁵ 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 §§ 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 manifestação 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 (art. 410 do CC). Nesse caso, se a indenização já está pré-fixada, parece-nos dispensável haja *processo ordinário*.

⁵²⁵ “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, Silvío. *Direito civil*, v. 3, p. 28; RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*, p. 66; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, v. 3, p. 82; VENOSA, Silvío de Salvo. *Direito civil*, v. 2, p. 408.

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.

262. 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 seara processual, parece-nos cabível, ou um processo cautelar incidente (art. 799 do CPC) ou um alvará de suprimento de consentimento (art. 1.103 do CPC). 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:

1 – 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:

263. Inciso I – *Stoppage in transitu*

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 CC. 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.⁵²⁶

⁵²⁶ 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.

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 CC (art. 620 do CC/1916).

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” (art. 529 do CC).

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.

264. Inciso II – Contratos que versem sobre coisas compostas

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. Decompõe-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.

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.

265. Inciso III – Habilitação de crédito por não cumprimento de contrato a prestações

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 (, art. 44, III, do Dec.-lei 7.661/1945).

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.

266. Inciso IV – Restituição de coisa comprada com reserva de domínio

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.

E 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.

267. Inciso V – Venda a termo de coisas com cotação em bolsa ou mercado

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.⁵²⁷

⁵²⁷ BULGARELLI, Waldírio. *Contratos mercantis*, p. 265 e ss.

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 (art. 1.477 do CC/1916). 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.

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.

268. Inciso VI – Promessa de compra e venda de imóveis

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, dispondo 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 1979 (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.

269. Inciso VII – Não resolução de contrato de locação

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 aluguéis 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 Recuperação de Empresas silenciou a respeito. Parece, porém, que uma obrigação dessa natureza se enquadra na previsão do art. 84, 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.

270. Inciso VIII – Compensação e liquidação no Sistema Financeiro Nacional

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 firmados 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 (arts. 368 a 380 do CC). 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.

271. Inciso IX – Patrimônios de afetação

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).⁵²⁸

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”.

⁵²⁸ 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 constituído o patrimônio de afetação. Trata-se de uma *blindagem* contra os efeitos de eventual falência do incorporador ou incorporador-construtor 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.

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.

Anote-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 versem sobre matéria estranha à atividade empresarial.

PAULO SALVADOR FRONTINI

O *caput* do art. 120 altera por completo a disposição correspondente da legislação revogada (art. 49 do Dec.-lei 7.661/1945). 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.

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 (art. 38 do CPC), 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.⁵²⁹⁻⁵³⁰

⁵²⁹ 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.

⁵³⁰ 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 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.

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, provenha 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 (arts. 368 a 380 do CC). 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).

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 conluios. Sim, porque, supondo obrigações de natureza quirografária, 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 quirografário 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 cotista, para a massa falida entrarão somente os haveres que na sociedade ele possuir e forem 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 judicialmente, 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, entrarão 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*.

Vejamus a primeira hipótese: falido que é sócio comanditário. Este tipo de sócio existe na sociedade em comandita simples (art. 1.045 a 1.051 do CC). 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 (arts. 280 a 284 da Lei 6.404/1976).

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 (art. 1.052 do CC), 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 (art. 997, VII do CC).

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 seio 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. Excetua-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.⁵³¹

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, inc. VIII, sendo os previstos em lei ou em contrato (como ocorre com os credores por

⁵³¹ “Contra a massa não correm juros, ainda que estipulados forem, se o ativo apurado não bastar para o pagamento do principal. Parágrafo único. Excetua-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”.

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 CC, 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.

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 tornará 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. 75 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 neta 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 Assembléia 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 coletiva, em que, na verdade, os credores são exeqüentes, 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.⁵³² Na verdade, a

⁵³² 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.

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 CC, 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*, 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 juízo.

§ 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 CC, “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.

Cumpram-se 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.⁵³³

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 mas-

⁵³³ 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”.

sas 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.⁵³⁴ 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 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.

⁵³⁴ Anexo I, art. 47 da Lei Uniforme de Genebra (LUG).

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 faliu, 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 cambiariformes).

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 de a 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.

272. 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.

273. 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.

274. 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 (art. 35, VI, da Lei 8.987/1995). 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.

275. Arrendamento mercantil de empresas de transporte aéreo

Finalmente, cabe fazer referência ao parágrafo único do art. 199. Este artigo tem esta redação, em seu *caput*: “Art. 199. Não se aplica o disposto no art. 198 desta lei às sociedades a que se refere o art. 187 da Lei 7.565, de 19 de dezembro de 1986”.

O preceito objeto de remissão (art. 187 do CBA) proibia a impetração de concordata pelas “(...) empresas que, por seus atos constitutivos, tenham por objeto a exploração de serviços aéreos de qualquer natureza ou de infra-estrutura aeronáutica”.⁵³⁵

Ora, o art. 198 da Lei 11.101 diz: “Os devedores proibidos de requerer concordata nos termos da legislação específica em vigor na data de publicação desta lei ficam proibidos de requerer recuperação judicial ou extrajudicial nos termos desta Lei”.

Do art. 198, portanto, resulta uma proibição geral: quem estava proibido de impetrar concordata pela legislação anterior (por exemplo, instituições financeiras, companhias seguradoras etc.), continuou, pela Lei de Recuperação e Falências, proibido de impetrar recuperação, quer judicial, quer extrajudicial. Mas, o artigo 199, em seu *caput*, desde logo fez uma exceção à regra geral do art. 198, dizendo que este dispositivo (art. 198) não se aplica às sociedades referidas no art. 187 do Código Brasileiro de Aeronáutica. Essas sociedades são – conforme acima reproduzido – as “empresas que, por seus atos constitutivos, tenham por objeto a exploração de serviços aéreos de qualquer natureza ou de infra-estrutura aeronáutica”.

Em resumo, o art. 199, *caput*, permite que as pessoas jurídicas – sociedades – que exploram serviços aéreos de qualquer natureza (“aviação comercial”, “aviação executiva empresarial”, “táxi aéreo”, “aviação de transporte de carga”, “transporte de passageiros por helicóptero”, para citar os casos mais expressivos) impetrem recuperação, judicial ou extra-

⁵³⁵ O art. 187 da Lei 7.565/1986 tem esta redação: “Não podem impetrar concordata as empresas que, por seus atos constitutivos, tenham por objeto a exploração de serviços aéreos de qualquer natureza ou de infra-estrutura aeronáutica”.

judicial.⁵³⁶ Escapa ao âmbito deste comentário a questão, que resta pendente, do alcance da norma do art. 188 do Código Brasileiro de Aeronáutica, que autoriza o Poder Executivo da União a intervir, sanear ou liquidar administrativamente as empresas de serviços aéreos.⁵³⁷

O art. 199 continha um parágrafo único, pertinente aos contratos de empresas de serviços aéreos, determinando, em resumo, que, em caso de falência ou recuperação judicial dessas sociedades, “(...) em nenhuma hipótese ficará suspenso o exercício de direitos derivados de contratos de arrendamento mercantil de aeronaves ou de suas partes”. Esse parágrafo, assim, vedava que, pendente contrato de *leasing*, as companhias de arrendamento mercantil de aeronaves ou de partes de aeronaves, procedessem, em caso de falência ou recuperação judicial das arrendatárias, à busca e apreensão, dos bens objeto de contrato de arrendamento mercantil. É fácil perceber que o parágrafo único – incidindo no âmbito dos efeitos da falência sobre contratos do falido, tema objeto destes comentários – preservava as empresas de serviços aéreos de terem as aeronaves, por elas utilizadas, apreendidas pela arrendadora mercantil. Cabe lembrar que, dado o altíssimo valor de aeronaves ou de suas partes (equipamentos, como turbinas etc.), as empresas de transporte aéreo raramente compram esses bens. Preferem locá-los, no sistema de *leasing financeiro* ou *leasing operacional*, com opção para devolvê-los ao arrendante ou compra-los ao final do contrato.⁵³⁸

Assim, o parágrafo único, na redação original, favorecia as empresas de serviços aéreos, em suas relações contratuais com as empresas de arrendamento mercantil, como o revelam alguns acórdãos colacionados por Bezerra Filho em livro jurídico recente.⁵³⁹

Acontece, entretanto, que, no final do ano de 2006 foi promulgada a Lei 11.196, de 21 de novembro.⁵⁴⁰ Manteve o art. 199, *caput*, mas eliminou o parágrafo único e substituiu-o por três novos parágrafos.

⁵³⁶ Foi com base nesse permissivo que tradicional empresa de aviação comercial brasileira, alguns dias após a vigência da lei, impetrou recuperação judicial, no foro do rio de janeiro, em processo de repercussão nacional.

⁵³⁷ Art. 188 do CBA: “O Poder Executivo poderá intervir nas empresas concessionárias ou autorizadas, cuja situação operacional, financeira ou econômica ameace a continuidade dos serviços, a eficiência ou a segurança do transporte aéreo. § 1.º A intervenção visará ao restabelecimento da normalidade dos serviços e durará enquanto necessária à consecução do objetivo. § 2º Na hipótese de ser apurada, por perícia técnica, antes ou depois da intervenção, a impossibilidade do restabelecimento da normalidade dos serviços: I – será determinada a liquidação extrajudicial, quando, com a realização do ativo puder ser atendida pelo menos a metade dos créditos; II – será requerida a falência, quando o ativo não for suficiente para atender pelo menos à metade dos créditos, ou quando houver fundados indícios de crimes falenciais”.

Cumpra observar que o art. 2.º da Lei de Recuperação, ao relacionar aqueles a quem o diploma não se aplica, não se referiu às sociedades mencionadas no art. 187 do CBA.

⁵³⁸ Sobre as diversas modalidades de operação de *leasing*, ver a obra “mercado financeiro” – produtos e serviços”, de autoria de Eduardo Fortuna. Justamente por se tratar de estudo econômico-financeiro, sem concentração nos aspectos jurídicos, é obra indispensável aos juristas voltados para o direito comercial (FORTUNA, Eduardo, *Mercado financeiro* – Produtos e serviços, 16. ed. Qualitymark Editora Ltda., 2005, especialmente p. 281 e ss.).

⁵³⁹ BEZERRA FILHO, Manoel Justino, *Jurisprudência da nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências*. São Paulo: RT, 2006, p. 395 e ss. Todos os acórdãos citados pelo ilustre autor são anteriores à Lei 11.196.

⁵⁴⁰ A Lei 11.196/2006, conhecida como “MP do bem”, tem longa ementa, cuja primeira parte reza: “Institui o Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação – REPES, o Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas

A redação dos parágrafos é esta, literalmente: “Art. 199. (...) § 1.º 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 contratos de locação, arrendamento mercantil ou de qualquer outra modalidade de arrendamento de aeronaves ou de suas partes. § 2.º Os créditos decorrentes dos contratos mencionados no § 1.º deste artigo não se submeterão aos efeitos da recuperação judicial ou extrajudicial, prevalecendo os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, não se lhes aplicando a ressalva contida na parte final do § 3.º do art. 49 desta Lei. § 3.º Na hipótese de falência das sociedades de que trata o caput deste artigo, prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa relativos a contratos de locação, de arrendamento mercantil ou de qualquer outra modalidade de arrendamento de aeronaves ou de suas partes”.

A mudança de postura do legislador foi radical.⁵⁴¹

Dizendo, no § 1.º, que “(...) em nenhuma hipótese ficará suspenso o exercício de direitos derivados de contratos de locação, arrendamento mercantil ou de qualquer outra modalidade de arrendamento de aeronaves ou de suas partes”, o legislador restabeleceu a prevalência do teor dos contratos de locação ou arrendamento mercantil sobre a situação de falido ou de empresa em recuperação. Isso porque, nesses contratos, caso ocorra inadimplemento, dá-se a mora e, como efeito desta, o descumprimento de cláusula contratual, que justifica a resolução do contrato por inadimplemento. Efeito deste será a retomada do bem arrendado ou locado pelo locador ou pela arrendadora-mercantil. Como é óbvio, se a aeronave (ou alguma de suas partes), objeto de locação ou arrendamento, vier a ser retomada, por busca e apreensão ou outro meio, pelo proprietário (locador ou companhia de *leasing*), a empresa de serviços aéreos ficará desprovida de equipamentos essenciais à sua atividade (aeronaves ou suas partes). Obviamente, a empresa em recuperação, nesse caso, vai priorizar o pagamento da locação ou do arrendamento, para não se ver privada de equipamento indispensável à atividade econômica, que exerce.

Esse é o significado desse § 1.º, que, ademais, não apenas favoreceu as companhias de arrendamento mercantil, mas incluiu no benefício as locadoras de aeronaves ou de suas partes (contratos de locação sem opção de compra ou direito de devolver o bem ao locador, ao final do contrato).⁵⁴²

Exportadoras – RECAP e o Programa de Inclusão Digital; dispõe sobre incentivos fiscais para a inovação tecnológica; (...). Segue-se a relação de inúmeros dispositivos legais por ela alterados, dentre eles o art. 199 da Lei de Recuperação, a que foram acrescentados três parágrafos e eliminado o antigo parágrafo único. Essa alteração está no art. 122 desse Diploma.

⁵⁴¹ Da mudança radical de postura, adotada pelo legislador, através dos três novos parágrafos incluídos no art. 199, dá clara demonstração a parte final do parágrafo segundo acima transcrito. nela se lê: “(...) não se lhes aplicando a ressalva contida na parte final do § 3.º do art. 49 desta Lei”. Ora, a ressalva do art. 49, § 3.º, proibia, durante o prazo inicial de suspensão de execuções, inerente ao pedido de recuperação judicial, “a venda ou retirada, do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais à sua atividade empresarial”. Essa ressalva se relaciona apenas à recuperação judicial, mas o § 2.º do art. 199 remete ao § 1.º e este abrange, além da falência, a recuperação judicial. À primeira vista, e em relação a arrendadoras mercantis e locadores, os novos parágrafos do art. 199 revogaram o § 3.º, *in fine*, do § 3.º do art. 49.

⁵⁴² É comum no âmbito empresarial a celebração, por fabricantes, com seus clientes, de contratos de locação, por prazo determinado, com uma cláusula estipulando que, ao termo final da avença, o locatário, ao invés de devolver o bem locado, pode adquiri-lo, por um preço em geral menor, à vista da deterioração ou obsolescência incorridos. mas, não se trata de arrendamento mercantil,

O § 2.º é corolário do tratamento favorecido dado pela nova redação ao credor do falido ou da empresa em recuperação. Estabelece, em resumo, que os créditos decorrentes desses contratos “não se submeterão aos efeitos da recuperação judicial ou extrajudicial, prevalecendo os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais”.

O § 3.º complementa o rol de garantias concedidas ao credor desses contratos de locação e arrendamento mercantil, dizendo que, como são tais credores proprietários dos bens (aeronaves e suas partes tem no locador ou arrendador seu proprietário), o direito de propriedade prevalece em qualquer caso. Vale dizer, o bem não integrará a massa falida e será passível de restituição pelo administrador judicial ao credor, por ser este proprietário.

Assim, e em resumo, no comentário desse dispositivo, que pertine aos contratos do falido, o tratamento dado à matéria pelo revogado parágrafo único do art. 199 ficou radicalmente modificado, substituído pelos três parágrafos aqui comentados.

operação privativa das instituições financeiras – companhias arrendadoras ou bancos múltiplos – que, por força dessa qualificação, podem fazer intermediação financeira, captando no mercado, em geral por meio de debêntures, os recursos necessários para a operação de *leasing*.

Seção IX

Da ineficácia e da revogação de atos praticados antes da falência

ANTONIO MARTIN

276. 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 têm 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 ser 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.

277. 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 à 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 desconto 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 retenção, dentro do termo legal, tratando-se de dívida contraída anteriormente; se os bens dados em hipoteca forem 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

278. 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 a 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”.⁵⁴³

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 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.

⁵⁴³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, p. 404.

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.

279. 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 a massa os bens indevidamente retirados do seu patrimônio; objetiva-se, aqui, a indenização de prejuízos causados aos credores.⁵⁴⁴ 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.⁵⁴⁵

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

É a revocatória ação de natureza pessoal,⁵⁴⁶ 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.

⁵⁴⁴ Cf. CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*, v. 7, p. 557.

⁵⁴⁵ Cf. art. 99, II, da Lei 11.101/2005.

⁵⁴⁶ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falência*, v. 1, p.373.

Pontes de Miranda distinguiu a revocatória por fraude, que no seu sentir é uma “ação constitutiva negativa”,⁵⁴⁷ 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.

280. 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 acrescentadas 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 atual Código Civil (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.

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

⁵⁴⁷ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, 2. ed., v. 38, p. 359.

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 declarado ineficaz, pois, como ensina a doutrina, traz para a massa falida uma falsa vantagem, ferindo o princípio do tratamento igualitário dos credores.⁵⁴⁸

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 se avaliar 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.⁵⁴⁹

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,

⁵⁴⁸ CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*, v. 7, 1.ª Parte, p. 518.

⁵⁴⁹ *Idem*, p. 524.

doa ao adquirente do imóvel o mobiliário, não está, por certo, 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 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.⁵⁵⁰ 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 compatíveis com a sua natureza jurídica.⁵⁵¹ O art. 1.145 do CC estabelece que se ao alienante do estabelecimento empresarial não restarem bens suficientes para o pagamento de seu passivo, a 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

⁵⁵⁰ Cf. art. 1.142 do CC.

⁵⁵¹ Cf. art. 1.143 do CC.

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 *inter vivos*. 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 Bulgarelli⁵⁵² considerou, em estudo realizado, que o dispositivo agora agasalhado 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.

Cumpre, 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

⁵⁵² BULGARELLI, Waldírio. *Problemas de direito empresarial moderno*, p. 82.

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 juiz, 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.

281. 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 similar 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 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.⁵⁵³

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*).

⁵⁵³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, v. 3, 2. ed., p. 298 e ss.

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 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 têm 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 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.

ANTONIO MARTIN

282. 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 possível. 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 litisconsorte facultativo, frustrando-se, desta maneira, eventual composição entre o administrador judicial 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, e 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, retomará este lugar com a desconstituição do negócio feito.

No tocante à apelação, será a mesma recebida em ambos os efeitos: devolutivo e suspensivo.⁵⁵⁴

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.

§ 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.

⁵⁵⁴ Cf. art. 520 do CPC.

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

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 das quais são emitidos valores mobiliários no mercado de capitais, repassando (e pulverizando) o risco para terceiros, que são investidores adquirentes dos valores mobiliários.⁵⁵⁵

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.⁵⁵⁶

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 Res. 2.686 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 incidentais. Poder-se-ia entender que a redação do art. 137 da Lei 11.101/2005 enseja

⁵⁵⁵ GAGGINI, Fernando Schwarz. *Securitização de recebíveis*, p. 21.

⁵⁵⁶ Cf. Resolução CMN 2.686/2000 e PENTEADO JÚNIOR, Cássio Martins. *A securitização de recebíveis de créditos gerados em operações de bancos*, p. 120.

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 Valverde,⁵⁵⁷ 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,⁵⁵⁸ 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 71/2003. 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 a venda da empresa em bloco, para evitar a

⁵⁵⁷ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falência* (Dec.-lei 7.661, de 21 de setembro de 1945), 4. ed., p. 166.

⁵⁵⁸ 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 (ÁLVARES, Walter T. *Curso de direito falimentar*, p. 27).

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”.⁵⁵⁹

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.⁵⁶⁰ 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 antecederiam a realização do ativo, demandavam muito tempo e isso fazia com 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 compõem a massa falida, assim como as despesas inerentes à sua guarda.⁵⁶¹

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.

⁵⁵⁹ Relatório apresentado na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, por ocasião da análise do PLC 71, de 2003.

⁵⁶⁰ A independência da realização do ativo em relação ao procedimento de verificação de créditos evidenciou-se pelo disposto no § 2.º do art. 140 da Lei 11.101/2005, que dispõe: “A realização do ativo terá início independentemente da formação do quadro geral de credores”.

⁵⁶¹ 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

283. 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 § 1.º do art. 140 da Lei 11.101/2005, desde que essa opção atenda ao princípio da maximização do ativo.

284. 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 a

empresa deve 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, estabelecimento⁵⁶² 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:

285. 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.

285.1 Vantagens

Neste ponto, cabe esclarecer 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, acompanhada de seus intangíveis, do empresário ou da sociedade empresária insolvente,

⁵⁶² 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.

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 compõem, 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 compõem. 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 compõem. 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 compõem, assim como os direitos, como bem destaca Miranda Valverde,⁵⁶³ “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.

285.2 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 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.

⁵⁶³ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falência*, 4. ed., p. 269.

285.3 *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 cria um possível empecilho, caso o proprietário do imóvel se recuse a autorizar a cessão.

A princípio, entendemos que a anuência do locador para 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.⁵⁶⁴

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

⁵⁶⁴ 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.

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, auferem-se mais valores 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.

287. 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 têm 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.

288. 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.

289. 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 – parente, em linha reta ou colateral até o 4º (quarto) grau, consanguíneo ou afim, do falido ou de sócio da sociedade falida; ou

III – identificado como agente do falido com o objetivo de fraudar a sucessão.

§ 2º 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.

290. 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.⁵⁶⁵ 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 CTN,⁵⁶⁶ 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 Modesto Carvalhosa,⁵⁶⁷ “tal dispositivo legal visa coibir transferências de patrimônio em fraude ao Fisco, que poderia ocorrer por meios do trespasse do estabelecimento”.

⁵⁶⁵ 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 (arts. 1.052 a 1.195), p. 646.

⁵⁶⁶ Como se explicitará a seguir, o Código Tributário Nacional foi alterado pela LC 118/2005 que, entre outros aspectos relevantes, acrescentou o § 1.º 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.

⁵⁶⁷ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil* Parte Especial: do direito de empresa (artigos 1.052 a 1.195), p. 646.

291. 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 LC 118/2005, que acrescentou o parágrafo único ao art. 133, para dispor que a sucessão não será aplicável em processos de falência.⁵⁶⁸

292. 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 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 rebaixados. 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”.⁵⁶⁹

⁵⁶⁸ Além da hipótese de alienação de filial ou unidade produtiva isolada, em processo de recuperação judicial.

⁵⁶⁹ Relatório apresentado na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, por ocasião da análise do PLC 71, de 2003

293. 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.

294. 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 acarretará 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 à alienação do ativo em uma das seguintes modalidades:

I – leilão, por lances orais;

II – propostas fechadas;

III – pregão.

§ 1º 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.

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

§ 3º 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.

§ 4º 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.

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

I – recebimento de propostas, na forma do § 3º 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 § 2º deste artigo.

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

I – recebidas e abertas as propostas na forma do § 5º 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.

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

RICARDO BERNARDI

295. 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 assembleia 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 mínimo 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 assembleia 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 pro-

postas 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.

295.1 *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 redesignação, 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 assembleia, 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.⁵⁷⁰ 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 segundo as regras previstas na lei processual. 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 arrematante, pelo serventuário da justiça ou leiloeiro. 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.

295.2 *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.

⁵⁷⁰ Esse é um dos doze princípios adotados na análise do PLC 71/2003, no Senado.

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.

295.3 *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 proposta 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.⁵⁷¹

296. **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.

⁵⁷¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*, p. 354.

297. Atuação do Ministério Público

O § 7.º 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 o 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.

298. 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 Negrão,⁵⁷² 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.

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,⁵⁷³ 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

⁵⁷² NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*, p. 541.

⁵⁷³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 79-81.

interesse público, o que, como última conseqüência, fere o princípio da legalidade, assegurado constitucionalmente. Nas palavras de Bandeira de Mello,⁵⁷⁴ 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 discricão 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 realização 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.⁵⁷⁵ 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 se 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 48 (quarenta e oito) 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.

⁵⁷⁴ Idem, *ibidem*.

⁵⁷⁵ Em vista dos limites desse texto, deixamos de analisar o cabimento de outras medidas judiciais nessa hipótese.

Consigne-se que a 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 Assembléia 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, 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 assembléia-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 assembléia-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

299. *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 Assembléia de Credores para deliberar nesse sentido.⁵⁷⁶ A Lei 11.101/2005 não limita os poderes dos

⁵⁷⁶ O § 2.º 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

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 Assembléia. Note-se que esse *quorum* de deliberação tem como base o total de presentes na Assembléia e não do total do passivo, como previa a lei anterior. Dessa forma, se na Assembléia estiver presente uma parcela diminuta do total do passivo, nada impedirá a aprovação de formas alternativas para realização do passivo, desde que na Assembléia haja anuência de mais de 2/3 do passivo presente.

300. 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 Assembléia. Pergunta-se, nesse ponto, 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.⁵⁷⁷ 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, inc. III do CPC, o que impedirá, enquanto pendente a decisão, a venda dos bens na forma homologada pelo juiz da falência.

301. 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 deliberou 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,⁵⁷⁸ 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

Assembléia-Geral. A Assembléia também poderá ser convocada por iniciativa do administrador judicial ou do Comitê de Credores, se houver.

⁵⁷⁷ Deviam ser vendidos desde logo os bens perecíveis, ou aqueles cuja guarda envolvesse riscos ou altas despesas.

⁵⁷⁸ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falência*, p. 190.

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 Valverde,⁵⁷⁹ “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”.

302. 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,⁵⁸⁰ 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 compõem o ativo alienado ao adquirente, e, portanto, frustrar todo o procedimento.

⁵⁷⁹ Idem, *ibidem*.

⁵⁸⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*, p. 378.

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 juízo da falência pelo prazo de 1 (um) ano, contado da data de alienação, somente podendo ser utilizado para o 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 restituições, 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 à 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 couberam 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

303. Da ordem dos pagamentos aos credores⁵⁸¹

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).

A redação, entretanto, vaga e imprecisa, gera mais dúvidas que certezas no que se refere à ordem em que devem ser realizados os pagamentos. Daí a dificuldade que se vem enfrentando para estabelecer uma ordem definitiva de pagamentos a ser implementada na falência. É nesse ponto que se busca, sem a pretensão de esgotar o assunto, fornecer subsídios para a adoção da melhor alternativa sobre “quando” e “como” devem ser satisfeitos os credores.

Inicialmente há que se ponderar que o comando do art. 149 dirige-se ao administrador judicial, que é quem procederá, sob os auspícios do juízo falimentar, aos pagamentos, devendo inclusive prestar contas mensalmente dos valores pagos nos termos deste artigo (arts. 148 e 22, III, *p*). Isso explica porque não há qualquer menção à compensação prevista no art. 122 e aos negócios jurídicos celebrados no âmbito das câmaras ou prestadoras de serviço de compensação e liquidação (arts. 193 e 194).⁵⁸² A solução dos créditos compensáveis e daqueles no âmbito do SBP (Sistema Brasileiro de

⁵⁸¹ Agradecimento especial do autor a Fernando Nimer, pela leitura cuidadosa do texto e pelas observações.

⁵⁸² Isso, sem mencionar os créditos decorrentes dos contratos de locação, arrendamento mercantil ou de qualquer outra modalidade de arrendamento de aeronaves ou de suas partes (art. 199, § 1.º).

Pagamentos) independe de iniciativa do administrador. Nesse sentido, a compensação opera-se automaticamente, a qualquer momento, desde que preenchidos os requisitos do art. 122, e a solução das operações sob o regime de compensação e liquidação do SBP se dá fora do âmbito da falência, por expressa previsão dos arts. 193 e 194. Note-se ainda que em ambos os casos nenhum “pagamento” será realizado pelo administrador judicial, no sentido de que não haverá desembolso de recursos da massa. Daí porque ser possível concluir que, para tais credores, a ordem de pagamentos admitida na falência é absolutamente indiferente. Mesmo porque nesses casos a solução dos créditos estará adstrita às características e limitações dos negócios jurídicos que lhes deram origem. Os negócios celebrados no âmbito do SBP serão lá resolvidos a partir das garantias e condições vinculadas à operação. Se por suas características, os valores envolvidos não forem suficientes para a satisfação dos créditos, o saldo deverá ser habilitado respeitando-se a ordem de classificação do art. 83. O mesmo se dá se a compensação, não obstante diminuindo o crédito do contratante, não for suficiente para extingui-lo por completo.

Além de tais credores, também não estarão sujeitas a rateio, em princípio,⁵⁸³ as despesas imprescindíveis com pagamento necessariamente imediato a que se refere o art. 150. Afinal, como autoriza o dispositivo, seu pagamento, desde que a massa comporte, se dá independentemente das regras de classificação do art. 84. O tratamento excepcional, neste caso, justifica-se não pelo interesse da contraparte credora, mas pela viabilização da consecução dos objetivos dispostos no art. 75, bem como pela proteção aos interesses da coletividade de credores, em ambos os casos a partir da necessária preservação da massa objetiva. Esse é, portanto, o pagamento realizado pelo administrador judicial com o maior grau de prioridade. Como se cuida de tratamento excepcional, voltado à preservação da massa objetiva e do interesse da coletividade dos credores, cabe ao administrador judicial utilizá-lo com parcimônia, respondendo por sua conveniência.

O conteúdo do art. 151, por sua vez, como explicado no comentário específico,⁵⁸⁴ não se refere a nova ordem de pagamentos, mas à antecipação de desembolso do crédito trabalhista concursal dentro de certas circunstâncias. Não pode ser comparada com o pagamento previsto no art. 150 que, como visto, pressupõe uma utilidade imediata para a massa objetiva como contrapartida. Enquanto a determinação de pagamento imediato de certas despesas, conforme previsto no art. 150, tutela o interesse da preservação da unidade produtiva e dos ativos da massa (em claro cumprimento ao preceito do art. 75), e por conseqüência, da coletividade de credores, a razão de ser do art. 151 é o caráter alimentar dos créditos trabalhistas a que se refere e que converge em benefícios exclusivamente aos seus titulares individualizados, sem qualquer contrapartida para a massa ou a coletividade de credores. Sem que se retire a importância do caráter alimentar de tais créditos e a relevância de seu pagamento para os credores trabalhistas beneficiados, é preciso ponderar que esse caráter alimentar já existia na lei anterior sem que se tivesse, a qualquer momento, cogitado em se antecipar seu pagamento por falta de previsão expressa. Por outro lado, existem outros créditos com natureza igualmente alimentar que não gozam da mesma prioridade (veja-se, por exemplo, indenização por

⁵⁸³ “Em princípio” porque se não restar valor suficiente para o pagamento integral de créditos contratados nessa condição, em razão de fato posterior à contratação, por exemplo, deverá o administrador judicial proceder ao pagamento mediante rateio.

⁵⁸⁴ Ver comentário ao art. 151 abaixo.

morte ou invalidez,⁵⁸⁵ ou o crédito de honorários advocatícios⁵⁸⁶). Não se trata, portanto, de nova classificação de créditos ou “superprivilégio” como abaixo explicitado, mas de adiantamento de pagamentos de credores concursais a serem realizados, dentro dos critérios de legitimidade do art. 151, caso ocorram concomitantemente dois fatores: (i) disponibilidade em caixa; e (ii) certeza de que a massa comporta pagamento de créditos concursais trabalhistas, a fim de que se possa adiantar seu desembolso.

Já no que concerne à eventual ordem de prioridade de pagamento entre os créditos extraconcursais do art. 84 e as restituições em dinheiro do art. 86, a questão, a meu ver, não possui solução a partir de uma interpretação literal. Há quem defenda que a redação do *caput* do art. 149, ao mencionar primeiro as restituições e só depois os créditos do art. 84, determinaria assim a ordem a ser seguida. Não me parece, no entanto, que essa seja a mais apropriada solução hermenêutica. Primeiro, porque se quisesse enfatizar uma ordem a ser necessariamente seguida, o legislador o teria feito de modo expresso, como o fez nos arts. 140 e 39. Além disso, existem outros casos na Lei 11.101/2005 em que a ordem de apresentação dos itens não representa necessária prevalência de um sobre o outro, do que é exemplo claro o art. 47 (quanto aos objetivos da recuperação judicial), mas também o art. 21 (sobre aqueles que podem ser nomeados como administrador judicial), art. 24 (critérios para definição da remuneração do administrador judicial), etc. Da mesma forma, não se concebe uma ordem que incida sobre elementos de natureza diversa como pagamentos e fechamento de quadro geral de credores. Nada impede, por exemplo, que na existência de um número reduzido de credores concursais com créditos incontroversos, o quadro geral de credores venha a ser concluído antes da solução – e conseqüente pagamento – das restituições em dinheiro. Pode-se dizer nesse caso que a consolidação do quadro geral de credores antes do pagamento de restituição em dinheiro fere a ordem prevista no art. 149? Não parece ser essa a melhor interpretação.

Portanto, o dispositivo do art. 149 não é apto a fornecer norma que determine uma prioridade entre os credores por restituição em dinheiro e os extraconcursais do art. 84, demandando-se utilização de outros critérios. Nesse sentido, sob o ponto de vista axiológico, parece incontestável que os créditos referidos no art. 84 protegem o interesse da massa, e por conseqüência, tendem a preservar a unidade produtiva e o valor dos seus ativos em benefício da coletividade de credores, enquanto, por outro lado, a restituição em dinheiro opera somente no benefício pessoal do credor, fato esse que deve ser ponderado no momento de se estabelecer – se necessário – uma ordem de prioridade entre eles, o que fugiria ao escopo deste trabalho.

304. Dos pagamentos aos credores concursais

Podem ser realizados tantos rateios quantos forem convenientes e economicamente viáveis. É possível, por exemplo, que sejam colocados à venda individualmente dois ou mais 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,

⁵⁸⁵ Cf. art. 100, § 1.º-A, da CF, acrescido pela EC n. 30/2000.

⁵⁸⁶ Cf. STF, RE 170.220-6/SP, RE 146.318-0/SP e RE 470.407-2/DF.

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.

305. Reservas

As reservas têm por finalidade preservar, para um credor cujo crédito ainda não pôde ser incluído, o direito de participar dos próximos rateios aplicáveis à classe à qual crê pertencer. Trata-se de garantia da *par condicio 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.⁵⁸⁷ 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 inclusão de seu crédito pode levar um credor a ser preterido em benefício de outros menos privilegiados, mas com crédito já habilitado.⁵⁸⁸

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 condicio 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

⁵⁸⁷ Exceção feita ao caso dos administradores judiciais, cujo recebimento fica condicionado à prestação de contas posterior ao rateio.

⁵⁸⁸ Que, como visto, não significa nem perda do direito de exigir seu pagamento, nem impossibilidade de participar de possíveis futuros rateios.

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 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.⁵⁸⁹ 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 que tem condições de, com o auxílio do administrador judicial, 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.⁵⁹⁰

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.

306. 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

⁵⁸⁹ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova Lei de Recuperação e Falência comentada*, p. 62.

⁵⁹⁰ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentário à Lei de Falência*, v. 2, p. 213.

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),⁵⁹¹ 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 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

307. Despesas com pagamento antecipado

Por despesa, como referido neste art. 150, há que se entender assunção de um débito como contrapartida de certa utilidade imediata para a massa. É sobre o pagamento desses débitos que se refere o presente dispositivo.

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 depredação 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 inadimplemento 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.⁵⁹² 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 *par conditio*

⁵⁹¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*, p. 382.

⁵⁹² Ver comentários ao art. 84.

creditorum, somente em casos de gastos justificadamente necessários pode-se admitir o uso da prerrogativa desta norma.

308. Comparação com o regime anterior

O dispositivo não tinha correspondente no Dec.-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,⁵⁹³ a inviabilização de realização de despesas necessárias à preservação dos interesses da comunhão de credores levou os juízes a permitirem a utilização de recursos da massa para pagamento imediato de despesas necessárias.⁵⁹⁴

309. 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 empresária, nos termos do art. 99, inc. XI; e (ii) devam ser pagas antecipadamente, em função de sua natureza ou da disponibilidade das contrapartes.⁵⁹⁵ A par disso, é necessário que haja recursos disponíveis para seu pagamento.

310. 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 extraconcurtais (credores da massa e restituições). É antecipado não porque se dá necessariamente antes da entrega da contrapartida, mas porque ocorre antes e independentemente da apuração de eventual concurso, seja das despesas concursais, seja das extraconcurtais.⁵⁹⁶ 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.⁵⁹⁷ 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 extraconcurtais.

⁵⁹³ REQUIÃO, 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.

⁵⁹⁴ “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).

⁵⁹⁵ 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.

⁵⁹⁶ Sobre concurso das despesas extraconcurtais, ver comentários ao art. 84.

⁵⁹⁷ No mesmo sentido, ver posição do legislador espanhol, que assim previu no art. 154, 2, 2.º parágrafo da Lei 22/2003.

A decisão sobre a utilização da prerrogativa deste artigo caberá ao administrador judicial,⁵⁹⁸ que será responsável, nos termos do art. 32 da Lei 11.101/2005, pelos prejuízos que vier a impor aos demais credores e à massa, se posteriormente houver comprovação cabal de que, à época de sua realização, a despesa era desnecessária ou havia meios claros de realizá-la sem o pagamento imediato. 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.

311. 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 disposições 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 3 (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

312. 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,⁵⁹⁹ 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,⁶⁰⁰ 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.

313. 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

⁵⁹⁸ Dispensando-se, em princípio, decisão judicial prévia sobre o assunto.

⁵⁹⁹ 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.

⁶⁰⁰ O valor máximo envolvido pelo dispositivo em questão são 5 salários mínimos por trabalhador.

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?

A doutrina se divide, havendo quem defenda a primazia absoluta dos pagamentos previstos no art. 151,⁶⁰¹ o que, em concreto, significaria a criação de uma nova classe de credores “superprivilegiados”,⁶⁰² e quem os considere mera antecipação dos créditos concursais, a ocorrer somente em caso de certeza de suficiência de recursos.⁶⁰³ 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, devem 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.⁶⁰⁴ E é ela que

⁶⁰¹ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova Lei de Recuperação e Falência comentada*, p. 332.

⁶⁰² 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.

⁶⁰³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*, p. 385.

⁶⁰⁴ “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

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. 83.⁶⁰⁵ Da mesma forma, o art. 149 simplesmente 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 se dão 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.

314. 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.⁶⁰⁶

às necessidades imediatas dos trabalhadores sem comprometer a eficiência dos ACC” (cf. Parecer ao PLC 71/2003, aprovado no Plenário do Senado Federal em 17 de julho de 2004, p. 26).

⁶⁰⁵ Não cabe interpretação ampliadora, recomendando Carlos Maximiliano o uso de exegese rigorosa “quando o texto, entendido nos termos latos em que foi redigido, contradiria outro preceito de lei ou do ato ajuizado”. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 205.

⁶⁰⁶ Ver ainda comentário ao art. 149 acima (“Da ordem de pagamento dos credores”).

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 participação no rateio em virtude de 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 CC).

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 CC. Quanto aos juros legais, faça-se referência ao disposto no art. 406 do CC.

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

FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JUNIOR

315. 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.⁶⁰⁷

⁶⁰⁷ Cf. FASSI, Santiago e GEBHARDT, Marcelo. *Concursos y quiebras*, p. 523.

A falência constitui causa de dissolução das sociedades (art. 1.044 do CC; e art. 206, II, c, da Lei das S/A,). Assim, ao final do processo de liquidação, para garantia do direito da participação no acervo da sociedade (art. 109 da Lei das S/A), 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 excutido 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.⁶⁰⁸

316. 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 (art. 1.110 do CC; e art. 218 da Lei das S/A). 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.

⁶⁰⁸ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 2, p. 211.

Seção XII

Do encerramento da falência e da extinção das obrigações do falido

LUIS 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 Dec.-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.

§ 6º Da sentença cabe apelação.

LUIS 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, 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 desobediência, a teor do art. 23 da Lei de Falências. Caso não apresentado o relatório, o juiz deverá destituir o administrador judicial.

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 CP 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 do 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 termo 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.

Diante da inexistência de dispositivo específico na Lei de Falências indaga-se qual o procedimento apropriado para a cobrança de eventual saldo contra o falido ou os sócios de responsabilidade solidária, no interregno de tempo entre o encerramento da falência e a declaração da extinção d e suas obrigações.

No Decreto de 1945 havia a previsão do art. 33⁶⁰⁹ que se complementava pela disposição do art. 133,⁶¹⁰ estabelecendo claramente o título (a certidão em que conste a quantia pela qual foi admitido o credor e sua causa, quanto pagou à massa em rateio e quanto ainda remanesce da dívida na data do encerramento da falência). A Lei de Falências não contém tal previsão, levando a, ao menos, duas possibilidades: a cobrança pelo credor do saldo de seu crédito, lastreada no título original, de forma *individual* ou *coletiva*.

A forma individual – execução na forma do Código de Processo Civil – era a solução adotada pelo Decreto de 1945. A cobrança coletiva, instaurando-se um concurso de credores sucessivo, teria o condão de evitar que um credor se adiantasse aos demais obtivesse a solução de seu crédito, em detrimento dos demais credores.

A jurisprudência deverá dar a solução para a questão que ora se coloca. Em nosso entendimento, com o encerramento do processo de falência, na forma do art. 156, deverá levar à solução pelo primeiro caminho, isto é, a cobrança de forma individual por cada credor interessado, na forma da legislação processual civil.

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)

⁶⁰⁹ “Art. 33. Se não forem integralmente pagos pelos bens do falido e dos sócios de responsabilidade solidária, os credores terão, encerrada a falência, o direito de executar os devedores pelos saldos de seus créditos, observado o disposto no art. 133.”

⁶¹⁰ “Art. 133. É título hábil, para execução do saldo (art. 33), certidão de que conste a quantia por que foi habilitado o credor e por que causa, quanto pagou a massa em rateio e quanto ficou o falido a dever-lhe na data do encerramento da falência.”

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.

De fato, na forma do art. 102 da Lei de Falências, “o falido fica inabilitado para exercer qualquer atividade empresarial a partir da decretação da falência e até a sentença que extingue suas obrigações, respeitado o disposto no § 1.º do art. 181 desta Lei”. A extinção das obrigações do falido disciplinada no art. 158 e seguintes implica, pois, o encerramento da inabilitação do falido para o exercício de *atividades empresariais*, desde que não tenha sido condenado por crime falimentar.

Em caso de condenação por crime falimentar, e na hipótese de a sentença ter declarado a inabilitação para o exercício da atividade empresarial, na forma do art. 181, I e § 1.º, o impedimento deverá perdurar por até 5 anos após a extinção da punibilidade, prazo que pode ser reduzido por conta de eventual reabilitação concedida ao falido.

As hipóteses estabelecidas pelo art. 158 são quatro, às quais deve ser acrescentada também a ocorrência de prescrição.

O inciso 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 inciso 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 percentagem, 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 incisos 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.⁶¹¹ O Superior Tribunal de Justiça adotou posição semelhante, no julgamento

⁶¹¹ PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata*, p. 582.

do Recurso Especial 217.784/SP, ainda sob a perspectiva do Dec.-lei revogado.⁶¹² Contudo, como decorrência de uma interpretação sistemática da Lei, em especial com referência ao disposto no art. 157, a contagem dos prazos referidos nos incisos 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 LC 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, 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,

⁶¹² “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 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 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. De qualquer forma, faculta-se ao sócio de responsabilidade solidária requerer a declaração da extinção de suas obrigações, com importantes efeitos no que diz respeito inclusive à sua inabilitação para atividades empresariais, como visto acima.



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 àqueles 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

317. 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, um 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*,⁶¹³ 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.

⁶¹³ HEREDIA, Pablo D. *Tratado exegético de derecho concursal*, t. 2, p. 525.

318. Características da recuperação extrajudicial

A recuperação extrajudicial tem os contornos de um acordo especial entre devedor e certos credores, condicionado à homologação judicial. Encontra-se no *espaço* existente entre a recuperação judicial (que atinge maior número de credores e acarreta um sem número de efeitos) e o acordo simples ou *workout agreement*⁶¹⁴ (que só gerará efeitos contratuais ordinários quanto aos contratantes). Para problemas estruturais generalizados que exijam reformas societárias ou operações de grande complexidade especialmente envolvendo relevantes alterações em direitos de garantia e propriedade, situações de profunda iliquidez ou insolvabilidade, ou mesmo em casos em que se demande a solução de problemas complexos envolvendo interesses divergentes de variados credores ou classes de credores, mais recomendada à recuperação judicial, para a qual o próprio legislador propõe um longo rol de alternativas de reorganização (art. 50). Já a recuperação extrajudicial é muito menos abrangente e ambiciosa. Não se aplica aos credores trabalhistas, acidentários, titulares de créditos por Adiantamento de Contrato de Câmbio – ACC, entre outros (arts. 161, 86, inc. II e 49, § 3.º); não suspende as ações individuais e os pedidos de falência contra o devedor, salvo quanto aos signatários do plano e até sua homologação (art. 161, § 4.º), nem o descumprimento de obrigação prevista no plano constitui, por si só, causa de decretação de falência (art. 94, inc. III, g); e, principalmente, os atos praticados durante sua vigência continuam sujeitos à revogação e ao reconhecimento de sua ineficácia, o que pode inviabilizar a construção de arrojados planos que envolvam toda a empresa⁶¹⁵ (nem mesmo atos baseados em decisão judicial estarão livres do risco, nos termos do art. 138). O devedor mantém a plena administração de seus bens, resguardadas eventuais restrições voluntárias decorrentes de aspectos do plano. Não há nomeação de administrador judicial (art. 22) nem tampouco de formação de Comitê de Credores (art. 27). A organização dos credores sujeitos ao plano ou mesmo dos demais, durante sua execução, é uma faculdade não contemplada na Lei. Como não sujeita todos os credores, mas só os signatários – inclusive eventualmente aqueles a título gratuito (art. 5.º, inc. I) – e, no caso do art. 163, os demais do mesmo grupo ou espécie, não demanda habilitação de créditos nem tampouco realização de Assembléia Geral de Credores (art. 35). Seu processamento, como se restringe à homologação do plano, é extremamente simplificado e breve. Essas características levam a afirmar que a aptidão da recuperação extrajudicial é a de solução, não de um problema generalizado da empresa, mas de aspectos críticos pontuais atuais ou esperados no futuro,⁶¹⁶ especialmente aqueles ligados à incapacidade de pagamento de certos credores, desençaixe financeiro provisório etc. Nesse caso, o devedor só precisa negociar com o grupo ou espécie de credores dentro do qual se encontra a dificuldade, obter a adesão de todos ou da maioria, re-escalonar os pagamentos e, com muito menos formalidades que as exigidas por uma recuperação judicial, ver-se rapidamente com seu problema equacionado.

A consideração do plano como um acordo de cooperação com finalidade de recuperação da empresa e não como meio de disposição de interesses individuais de credor e

⁶¹⁴ GILSON, Stuart C. Managing default: some evidence on how firms choose between workouts and Chapter 11. *Corporate Bankruptcy* – Economic and legal perspectives, p. 308 e ss.

⁶¹⁵ A recuperação extrajudicial ressent-se aqui da falta de normas similares àquelas contidos nos arts. 74 e 131, relativas à recuperação judicial.

⁶¹⁶ Haja vista que não é preciso ter havido suspensão de pagamentos ou atraso para requerimento de homologação de plano de recuperação extrajudicial.

devedor, a previsão de imposição do plano aos credores resistentes,⁶¹⁷ desde que aprovado por 3/5 dos demais do mesmo grupo ou espécie, a possibilidade de realização da venda judicial de estabelecimento livre de ônus e sucessão, e a sujeição do devedor aos crimes especiais previstos nos arts. 168, 171, 172, 175, 178, 179 180 e 182 da Lei 11.101/2005 fazem, por seu lado, a recuperação extrajudicial diferenciar-se do simples acordo ou *workout*,⁶¹⁸ ao qual não se aplicam as regras previstas nesta Lei. O *workout* ou livre acordo passa a ser a única alternativa viável aos empresários irregulares, bem como àqueles que não satisfazem as exigências do art. 48 da Lei 11.101/2005 (art. 161, *caput*) ou que tiverem tido homologado plano de recuperação extrajudicial nos últimos 2 anos (art. 161, § 3.º).

319. Espécies de recuperação extrajudicial

A Lei 11.101/2005 reconhece dois tipos de recuperação extrajudicial. A primeira será tipicamente convencional, e vinculará somente seus signatários nos termos do quanto contratado e dos preceitos desta Lei, conforme arts. 161 e 162. A esta modalidade, espécie de simples acordo levado a juízo para homologação, Paiva chama de “meramente homologatória”.⁶¹⁹ Neste caso, a natureza do crédito dos aderentes só é relevante para os fins das restrições previstas no *caput* do art. 161, vez que só sofrerão os efeitos do plano as obrigações relativas àqueles que voluntariamente optaram por aceitá-lo e nos limites do quanto aceito. Não há nenhuma restrição a tratamento diferenciado entre os aderentes, quer sejam da mesma classe ou não.

A outra espécie, “impositiva”,⁶²⁰ difere da anterior por sujeitar aos efeitos do plano inclusive aqueles a ele contrários, desde que 3/5 da espécie ou grupo de credores da mesma natureza o aprovem (art. 163). Além de regras claras de configuração dos percentuais e quantificação dos créditos, a recuperação extrajudicial, para que seja impositiva, demanda tratamento eqüitativo àqueles aos quais será imposto o plano, que deverá ser homologado judicialmente, para o que se exige do devedor a apresentação, em juízo, de documentos em maior número e complexidade para avaliação (art. 163, § 6.º). A medida é extremamente útil, como se verá nos comentários ao art. 163, porque evita o comportamento oportunista de certos credores em conflito com o interesse dos demais e mesmo da empresa.

320. Recuperação extrajudicial e institutos similares estrangeiros

A doutrina aponta semelhanças entre a recuperação extrajudicial e o *prepackaged bankruptcy Chapter 11* americano, e o *Acuerdo Preventivo Extrajudicial* (APE) argentino.⁶²¹ As semelhanças com o *prepackaged bankruptcy plan* norte-americano repousam principalmente no fato de que, em ambos, as negociações com os credores dão-se extrajudicialmente e o termo resultante é levado à homologação judicial e pode ser imposto à minoria contrária.⁶²² Ocorre que, diferentemente da recuperação extrajudicial – que

⁶¹⁷ Chamada pelo direito norte americano de *cram down*. Ver comentários ao art. 163.

⁶¹⁸ Categoria na qual se encontra o plano de recuperação extrajudicial não homologado.

⁶¹⁹ PAIVA, Luiz Fernando Valente. Da recuperação extrajudicial, p. 569.

⁶²⁰ *Idem*, p. 571.

⁶²¹ *Idem*, p. 567; e MELARÉ, Marcia Regina Machado. A recuperação extrajudicial, p. 156.

⁶²² “Prepackaged bankruptcies, a hybrid of an out-of-court restructuring and a Chapter 11 reorganization, are created by § 1126(b) of the Code, which permits solicitation for a plan of reorgani-

mesmo homologada produz pouquíssimos efeitos além dos contratuais – a *prepackaged bankruptcy*, após a aprovação judicial, gera os mesmos efeitos da reorganização tradicional sob as prerrogativas do *Chapter 11*. Seu grande mérito, portanto, reside no fato de realizar extrajudicialmente toda a fase de acomodação dos interesses relativos ao plano que, uma vez aprovado pela maioria, vinculará todos os credores da classe atingida, diminuindo o tempo e os custos de implantação do regime do *Chapter 11* do *Bankruptcy Code*.⁶²³

O mesmo se pode dizer do *Acuerdo Preventivo Extrajudicial (APE)* argentino (arts. 69 a 76 da Lei 24.522, com as alterações das Leis 25.563 e 25.589, Ley de Concursos y Quiebras), especialmente quanto às conseqüências da homologação. Na Argentina, a simples apresentação do pedido de homologação judicial do acordo suspende todas as ações de conteúdo patrimonial contra o devedor.⁶²⁴ E uma vez homologado o plano – que, diferentemente do que ocorre no Brasil, pode abranger alguns ou todos os seus credores – os atos praticados pelo devedor sob a égide do concurso, não poderão ser revogados ou declarados ineficazes.⁶²⁵ Na verdade, nossa recuperação extrajudicial é muito mais próxima do revogado instituto que deu origem ao *APE*, qual seja, o *acuerdo preconcursal*,⁶²⁶ que, negociado fora de juízo e homologado posteriormente, nem impedia a ação individual dos credores durante sua execução, nem assegurava a validade e eficácia dos atos praticados em seu cumprimento caso o devedor viesse a ter sua falência decretada, o que o levou a não merecer muita atenção da doutrina e dos operadores.⁶²⁷

321. Natureza jurídica do plano de recuperação extrajudicial e suas conseqüências

O plano de recuperação extrajudicial constitui um contrato solene, com caráter de cooperação⁶²⁸ celebrado entre devedor e credores. Solene porque, para que surta os efeitos da recuperação extrajudicial, deve revestir-se de forma escrita e demanda homologação judicial. Salvo previsão em contrário, terá características de um negócio jurídico celebrado por devedor e credores sob condição suspensiva, para o qual o evento que possibilita sua plena eficácia é a homologação judicial.⁶²⁹ Sua causa imediata será a superação da crise econômico-financeira atual ou iminente da empresa dificuldade,

zation prior to the filing of a petition under Chapter 11. In a prepackaged bankruptcy, a company negotiates a restructuring with representatives of certain creditor groups and solicits their votes for a plan of reorganization prior to filing for bankruptcy. If the company obtains the required votes, the company files under Chapter 11 and presents its plan of reorganization to the court for immediate confirmation. Thus, a reorganization results within a few months of filing. See, e.g., JPS Textile Group, Inc., Disclosure Statement, Letter to Security Holders and Other Creditors (Dec. 21, 1990). Prepackaged bankruptcies are probably only suitable for restructuring specific debts held by a limited number of persons whom the debtor knows and with whom it can negotiate". DAVIS JR., Lewis U.; MCCULLOUGH, Bruce; MCNULTY, Eleanor P. e SCHULER, Ronald W. *Corporate Reorganization in the 1990s: guiding directors of troubled corporations through uncertain territory*, p. 8.

⁶²³ Cf GILSON, Stuart. *Managing...*, p. 310 e ss.

⁶²⁴ Ley de Concursos y Quiebras, art. 72.

⁶²⁵ Idem, art. 121.

⁶²⁶ Arts. 125, 1, e 2 da Lei 19.551, com a redação dada pela Lei 22.917/1983.

⁶²⁷ FAVIER-DUBOIS, Eduardo M. *Concursos y quiebras*, p. 195.

⁶²⁸ Cf. SZTAJN, Rachel, Comentário ao art. 160, p. 415.

⁶²⁹ Como visto, sem a homologação, gerará, quando previsto ou após a ratificação, apenas efeitos contratuais ordinários entre as partes, nos termos do art. 167.

não a preservação dos direitos dos signatários que podem, no mais das vezes, a ele aderir renunciando a prerrogativas e privilégios.

Uma vez homologado, constitui novação das obrigações dos signatários. Em caso de superveniente falência do devedor, diversamente do que ocorre na recuperação judicial (art. 61, § 2.º), seus créditos habilitados serão aqueles decorrentes do acordo consistente no plano de recuperação extrajudicial homologado. O plano homologado judicialmente estará sujeito às regras de nulidade relativa ou absoluta, aplicáveis a qualquer ato jurídico (art. 486 do CPC).

322. Requisitos subjetivos para o pedido de recuperação extrajudicial

As mesmas pessoas aptas a requerer a concessão de recuperação judicial poderão pleitear a homologação do plano de recuperação extrajudicial. Portanto, somente empresários individuais e sociedades empresárias com atividade regular poderão pleiteá-la. Excluem-se dos legitimados os entes previstos no art. 2.º, quais sejam, empresas públicas, sociedades de economia mista e instituições de natureza financeira, securitária ou a elas equiparada. A ‘regularidade’ a que se refere o dispositivo há que ser provada através da demonstração da inscrição no órgão competente do registro público da empresa por um período mínimo de 2 (dois) anos. Empresário ‘de fato’ ou irregular não poderá beneficiar-se dos dispositivos em análise, ainda que possa ter sua falência decretada e possa celebrar qualquer tipo de acordo com seus credores, mas sem os benefícios desta Lei. Por outro lado, o interessado em pleitear a homologação do plano de recuperação extrajudicial não pode ser falido (o que é óbvio, diante da necessária regularidade da atividade empresarial), nem poderá ter recuperação judicial pendente de decisão ou concedida nos 2 anos anteriores,⁶³⁰ prazo em que também não poderá ter homologado outro plano extrajudicial (art. 161, § 3.º).⁶³¹ A restrição decorrente de anterior homologação de plano de recuperação extrajudicial merece severas críticas. Inicialmente porque a recuperação extrajudicial, especialmente a homologatória, é um acordo com credores para compor solução de mercado para problemas específicos da empresa em crise atual ou iminente. Não parece razoável impedir os envolvidos e interessados diretos de se comporem para elaborar uma solução para os problemas que os atingem ou atingirão. Por outro lado, a recuperação extrajudicial, por suas características tende a afetar diretamente reduzido número de credores. Imagine-se, por exemplo, um plano que contemple dilação de vencimentos de obrigações com garantias reais (penhor de créditos ou ‘recebíveis’). Se aprovado, provavelmente trará poucos efeitos quanto aos quirografários. Por que então não poderia o devedor, logo em seguida, propor um acordo com estes últimos que possa vir a basear um novo plano de recuperação extrajudicial antes do decurso dos 2 anos?

Finalmente, impede-se o uso da recuperação extrajudicial pelos condenados por crimes falimentares da Lei 11.101/2005 (arts. 168 a 178). A limitação é abertamente incompatível com os preceitos do art. 47, que se refere à superação de crise econômico-financeira do devedor como objetivo principal da recuperação judicial, perfeitamente

⁶³⁰ Com bem alerta Paiva, “não será possível coexistirem dois pedidos de recuperação, um judicial outro extrajudicial, se o pedido de recuperação judicial tiver sido ajuizado anteriormente” PAIVA, Luiz Fernando Valente. Da recuperação extrajudicial, p. 578.

⁶³¹ Esse dispositivo do § 3.º do art. 161 afasta, para a recuperação extrajudicial, a aplicação dos incs. II e III do art. 48.

aplicável à recuperação extrajudicial. Ora, impedir a solução de mercado para o devedor em crise, que exerce regularmente atividade empresária, simplesmente pelo fato de ter sido condenado no passado por crime falimentar parece incoerente e pouco razoável. Mais grave ainda se o condenado tiver sido o administrador da sociedade empresária devedora, quando então pune-se a empresa pelas faltas de seu representante. Por outro lado, trata-se de um efeito da sentença criminal condenatória que não foi contemplado no art. 181. Daí porque não se lhe aplicar diretamente a limitação temporal do seu § 1.º. Entretanto, na ausência de um indicador preciso, parece perfeitamente cabível a utilização, por analogia, do prazo de 5 anos após a extinção da punibilidade como limitador temporal da restrição de direito decorrente da sentença penal condenatória. Finalmente, ainda quanto à restrição relativa aos crimes falimentares, há que se destacar que aqueles condenados nos termos da Lei anterior também estarão impedidos de pleitear homologação de recuperação extrajudicial, não em razão do art. 161, mas da conjugação dos arts. 198 da Lei 11.101/2005 e 140, inc. III, do Dec.-lei 7.661/1945, caso em que se incluem entre os motivos de restrição as anteriores condenações por furto, roubo, apropriação indébita etc.

323. Requisitos objetivos do plano de recuperação extrajudicial

Sob o ponto de vista de seu objeto, é possível destacar 6 requisitos de qualquer plano de recuperação extrajudicial:⁶³² (i) viabilidade econômico-financeira (art. 162), (ii) impossibilidade de contemplação de pagamento antecipado (art. 161, § 2.º) e (iii) de tratamento mais benéfico aos aderentes em relação aos demais credores (art. 161, § 2.º), (iv) anuência de credor com garantia real para venda do bem garantidor (art. 163, § 4.º), (v) previsão de prática de atos considerados caracterizadores do estado falencial (art. 94, inc. III) ou dolosos prejudiciais aos credores (art. 130) (art. 164, § 3.º, inc. II), e (vi) conformidade com os preceitos legais, inclusive desta Lei 11.101/2005 (art. 164, § 3.º, incs. II e III). Não constituem óbices à homologação do plano de recuperação extrajudicial a existência de prévio pedido de falência contra o devedor⁶³³ ou de protestos, o não pagamento de obrigações líquidas e exigíveis em seu vencimento ou mesmo a comprovação de solvabilidade ou de existência de ativos que garantam percentualmente o cumprimento das obrigações assumidas. Tais aspectos, que podiam limitar, no antigo regime, o uso da concordata preventiva, não são compatíveis com os objetivos da recuperação extrajudicial.

Qualquer plano de recuperação extrajudicial deve ser econômica e financeiramente justificável, haja vista que passará pela análise judicial e estará sujeito às impugnações de credores interessados. Observe-se que o plano de recuperação extra-

⁶³² O plano positivo terá requisitos objetivos adicionais, como analisado no art. 163.

⁶³³ O pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial não tem, como ocorre com a recuperação judicial (art. 96, inc. VII), o condão de elidir a falência por si só. Mas, caso o pedido de falência se baseie na impontualidade ou na execução frustrada (art. 94, incs. I e II) se o titular do crédito que fundamenta o pedido tiver assinado o acordo sujeito à homologação, a caracterização da novação afastará a possibilidade de decretação de falência. O mesmo não se pode falar quanto a credores contrários à homologação do plano e sujeitos aos seus efeitos nos termos do art. 163, haja vista que seus efeitos só lhes atingirão após a homologação (*Falência – acordo entre as partes para pagamento parcelado do débito – moratória que desnatura a impontualidade – fato que impede a decretação da falência – recurso provido para extinguir o processo* – TJSP, 4.ª C., AI 245.847.1/6-00, rel. Des. Cunha Cintra).

judicial não será tão abrangente quanto o de recuperação judicial. Principalmente na modalidade homologatória, o que se espera do plano é que seja factível e coerente, no que respeita ao tratamento dos credores signatários e aos reflexos disso na atividade empresária. Mesmo que assim possa dar-se excepcionalmente, não se espera de um plano de recuperação extrajudicial uma solução global para os problemas da empresa, mas sim o ajustamento das suas necessidades às exigências pontuais de certos credores ou grupos de credores. Não se concebe que um plano venha a beneficiar somente o devedor e seus signatários, em prejuízo, por exemplo, da atividade empresarial, o que significaria substancial dano indireto a todos os demais titulares de interesse na empresa, inclusive outros credores.

O plano ainda não pode contemplar pagamento antecipado de dívidas nem tratamento desfavorável aos credores que a ele não estejam sujeitos (art. 161, § 1.º). Deve-se observar que na recuperação extrajudicial homologatória não há qualquer restrição no tratamento diferenciado de credores da mesma classe ou titulares de créditos de natureza semelhante. Isso porque os aderentes terão assinado o acordo antes da homologação, concordando com seus termos, mesmo que fique assegurado a uns tratamento menos favorável que a outros. Tem-se aqui o pleno exercício dos princípios da autonomia privada e da obrigatoriedade da convenção. O mesmo não se pode falar quanto à modalidade impositiva. Haja vista que se pretende impor a certos credores resistentes os efeitos do plano, faz-se necessário garantir que não se sujeitarão a condições mais gravosas que aqueles, da sua mesma classe ou grupo, que voluntariamente a ele aderiram.

Aplica-se a toda e qualquer recuperação extrajudicial a restrição do art. 163, § 4.º, segundo a qual o plano que contemple alienação de bem objeto de garantia real só admitirá sua supressão ou substituição mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia. A restrição repete os termos do § 1.º do art. 50, relativo às recuperações judiciais.

Finalmente, o plano não poderá contemplar a realização de atos que caracterizem o estado falimentar nos termos do art. 94, inc. III como, por exemplo, a transferência total do estabelecimento a certo credor (art. 94, inc. III, *c*), ou a oferta de garantia real a credor quirografário abrangido pelo plano sem manter livres bens necessários ao pagamento daqueles com privilégio geral (art. 94, inc. III, *e*). Nem tampouco poderá, ainda que de mais difícil apuração, conter previsão de prática de ato doloso prejudicial aos credores (art. 130), ou a prática de ato ilegal, tudo sob pena de indeferimento do pedido de homologação, nos termos do art. 164, § 3.º, incs. II e III.⁶³⁴

324. Dos credores sujeitos ao plano de recuperação extrajudicial

No caso da recuperação extrajudicial realizada nos termos do art. 161, somente os signatários estarão sujeitos aos efeitos do plano. Entretanto, não são todos os credores que a ele podem aderir. Credores tributários, trabalhistas, acidentários, bem como aqueles titulares de créditos por adiantamento de contrato de câmbio – ACC⁶³⁵ (art. 86, inc. II) e de posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóveis cujos respectivos contratos

⁶³⁴ Cf. PAIVA, Luiz Fernando Valente. Da recuperação extrajudicial, p. 585.

⁶³⁵ Na forma do art. 75, §§ 3.º e 4.º da Lei 4.728/1965.

tenham cláusula de irrevogabilidade e irretroatividade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio (art. 49, § 3.º) não poderão estar sujeitos a plano de recuperação extrajudicial homologada, qualquer que seja a modalidade. Isso não significa que dentro das determinações legais aplicáveis a cada espécie não podem os credores dessas classes celebrar acordos paralelos com o devedor, como inclusive prevê o art. 167, mesmo que simultaneamente à aprovação de plano de recuperação extrajudicial.

325. Foro competente

É competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil (art. 3.º). Toda a problemática da definição do que vem a ser principal estabelecimento volta, trazida à questão da recuperação extrajudicial.⁶³⁶ Note-se que neste caso, entretanto, não haverá instituição do juízo universal. Continuarão a tramitar nas varas de origem e em curso normal as ações individuais contra o empresário (art. 6.º e 161, § 4.º), salvo daqueles credores sujeitos ao plano. Da mesma forma, a distribuição do pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial é livre (mesmo que tenha havido anterior pedido de falência ou recuperação judicial) e não previne o juízo (art. 6.º, § 8.º). Daí decorre que em comarcas que possuam mais de um juízo, o eventual pedido de falência contra o empresário será livremente distribuído, ainda que em curso ou concluído pedido de homologação de plano de recuperação extrajudicial, e vice-versa.

326. Impossibilidade de desistência após a distribuição do pedido

Uma vez distribuído pedido de recuperação extrajudicial, os signatários do plano não podem mais dele desistir, salvo com anuência dos demais aderentes (art. 161, § 5.º), ainda que ao arrependimento não se oponha o devedor. Trata-se do reconhecimento de que a causa do plano reflete um interesse maior que os individuais dos signatários. Sob o ponto de vista contratual, por seu turno, pode o próprio plano prever a impossibilidade de arrependimento mesmo antes da distribuição, o que deve ser respeitado.

327. Caráter de título executivo judicial da sentença homologatória

A sentença homologatória do plano de recuperação extrajudicial constitui título executivo judicial, nos termos do art. 475-N, inc. V, do CPC, com a redação que lhe foi dada pela Lei 11.232/2005. Assim, apesar de o dispositivo do art. 161, § 6.º da Lei 11.101/2005 fazer referência ao agora revogado art. 584 do CPC, não há prejuízo à norma nele contida.

Corroborando com a linha adotada pelo legislador, destaque-se, a coerência do dispositivo com o quanto previsto na Lei 9.099/1995 que, não obstante trate de Juizados Especiais, traz em seu art. 57 a possibilidade de homologação judicial de “acordo extrajudicial de qualquer natureza ou valor”, valendo a sentença como título executivo judicial.⁶³⁷ No mesmo sentido, a reforma decorrente da Lei 11.232/2005 consagrou a possibilidade de homologação judicial de acordos em geral no novo art. 475-N, inc. V.

⁶³⁶ BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial*, p. 145 e ss.

⁶³⁷ Nesse sentido, *RJTJESP* 127/169, *RT* 672/152, *RTJE* 93/86.

Com essa medida limitam-se as matérias passíveis de impugnação pelos interessados, em caso de execução.⁶³⁸ A sentença será proferida com base no art. 269, inc. III, do CPC.

Art. 162. O devedor poderá requerer a homologação em juízo do plano de recuperação extrajudicial, juntando sua justificativa e o documento que contenha seus termos e condições, com as assinaturas dos credores que a ele aderiram.

FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JUNIOR

A homologação do plano de recuperação extrajudicial é uma faculdade do devedor, a ser acordada com seus credores. Isso porque, como acordo que é, o plano devidamente assinado pelos credores pode gerar efeitos entre as partes independentemente de sua homologação. Nesse caso, entretanto, ainda que venha chamado de “plano de recuperação extrajudicial” será, na verdade, um simples acordo vinculativo dos signatários, nos termos do art. 167.

As grandes vantagens de se homologar o plano de recuperação extrajudicial que só vincula os signatários, além do tratamento unitário das relações jurídicas com os credores afetados e a subordinação de seus interesses ao interesse social da empresa, encontram-se no fato de se possibilitar a venda de ativos sob o procedimento judicial (art. 142), da possibilidade de oposição a terceiros, e em constituir, a sentença homologatória, título executivo judicial, nos termos do art. 475-N, inc. V, do CPC (art. 161, § 6.º), limitando-se a impugnação em caso de execução, às matérias listadas no art. 475-L.⁶³⁹

Optando o devedor por levar à homologação judicial o plano de recuperação extrajudicial vinculativo dos signatários (recuperação meramente homologatória), deverá encaminhar petição justificando seu pedido ao juízo, acompanhada do documento assinado pelos credores aderentes, que contenha seus termos e condições. Juntamente com suas assinaturas, as pessoas jurídicas aderentes deverão apresentar documento comprobatório dos poderes especiais de seus representantes para livre disposição de direitos, transação e quitação, sob pena de indeferimento da homologação (art. 164, § 6.º). Como todos os credores que sofrerão os efeitos da recuperação extrajudicial já terão concordado com os termos do plano – tanto que já deverão tê-lo assinado – não há necessidade de apresentação de grande número de documentos, ficando desde logo afastada a exigência de oferecimento daqueles previstos no art. 163, § 6.º, aplicáveis somente para a recuperação extrajudicial impositiva. Deverá o devedor, no entanto, apresentar certidão do órgão do registro de empresas que demonstre a regularidade de sua atividade, bem como certidões dos distribuidores que apontem à inocorrência dos impedimentos (arts. 161, *caput* e 48, *caput*).

Lembre-se, por fim, que conforme preceitua o art. 161, § 5.º, aplicável a qualquer procedimento deste Capítulo VI, após a distribuição do pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial, qualquer desistência por parte de credor demandará anuência expressa de todos os demais signatários, medida que se mostra útil uma vez

⁶³⁸ Art. 475-L do CPC, conforme a redação que lhe deu a Lei 11.232/2005.

⁶³⁹ Dispositivos de acordo com a reforma processual implementada pela Lei 11.232/2005.

que as adesões se dão em razão do plano apresentado, que pode deixar de ser factível na exclusão deste ou daqueles envolvido.

Art. 163. O devedor poderá, também, requerer a homologação de plano de recuperação extrajudicial que obriga a todos os credores por ele abrangidos, desde que assinado por credores que representem mais de 3/5 (três quintos) de todos os créditos de cada espécie por ele abrangidos.

§ 1º O plano poderá abranger a totalidade de uma ou mais espécies de créditos previstos no art. 83, incisos II, IV, V, VI e VIII do *caput*, desta Lei, ou grupo de credores de mesma natureza e sujeito a semelhantes condições de pagamento, e, uma vez homologado, obriga a todos os credores das espécies por ele abrangidas, exclusivamente em relação aos créditos constituídos até a data do pedido de homologação.

§ 2º Não serão considerados para fins de apuração do percentual previsto no *caput* deste artigo os créditos não incluídos no plano de recuperação extrajudicial, os quais não poderão ter seu valor ou condições originais de pagamento alteradas.

§ 3º Para fins exclusivos de apuração do percentual previsto no *caput* deste artigo:

I – o crédito em moeda estrangeira será convertido para moeda nacional pelo câmbio da véspera da data de assinatura do plano; e

II – não serão computados os créditos detidos pelas pessoas relacionadas no art. 43 deste artigo.⁶⁴⁰

§ 4º Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante a aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia.

§ 5º Nos créditos em moeda estrangeira, a variação cambial só poderá ser afastada se o credor titular do respectivo crédito aprovar expressamente previsão diversa no plano de recuperação extrajudicial.

§ 6º Para a homologação do plano de que trata este artigo, além dos documentos previstos no *caput* do art. 162 desta Lei, o devedor deverá juntar:

I – exposição da situação patrimonial do devedor;

II – as demonstrações contábeis relativas ao último exercício social e as levantadas especialmente para instruir o pedido, na forma do inciso II do *caput* do art. 51 desta Lei; e

III – os documentos que comprovem os poderes dos subscritores para novar ou transigir, relação nominal completa dos credores, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente.

FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JUNIOR

328. Recuperação extrajudicial impositiva

Mesmo que a reestruturação beneficie a coletividade de interessados, um credor pode ver-se tentado a rejeitar a proposta por várias razões: para beneficiar-se individualmente da situação (*holdout problem*);⁶⁴¹ por ausência de sensibilidade quanto às finalidades do plano; por simples assimetria informacional (receio de que as informações fornecidas

⁶⁴⁰ A remissão correta é “art. 43 desta Lei”.

⁶⁴¹ MCCONNELL, John, e SERVAES, Henri. The economics of pre-packaged bankruptcy, p. 323-324

pelo devedor sejam imprecisas e contaminem os pilares do plano proposto); ou por outros critérios pessoais. Fato é que a busca de solução individual dos interesses dos credores nem sempre leva a um resultado ideal, sob o ponto de vista da eficiência, para a empresa e para os credores em geral.⁶⁴²

Com base em tais preceitos é que o legislador criou a modalidade impositiva de recuperação extrajudicial. Por ela, a simples adesão voluntária de 3/5 da totalidade de credores da mesma espécie (ou grupo de credores titulares de créditos de mesma natureza e sujeitos às mesmas condições de pagamento) sujeitará todos ao plano, inclusive aqueles que se recusaram a assiná-lo. Os percentuais são verificados dentro de cada grupo ou espécie e a adesão de credores de uma espécie ou grupo não prejudicará ou aproveitará os de outra. A imposição do plano à minoria resistente recebeu nos Estados Unidos a designação de *cram down*, numa referência à expressão ‘enfiar [goela] abaixo’.^{643_644}

329. Requisitos objetivos especiais

Além dos requisitos gerais sobre os quais já se falou nos comentários ao art. 161, a recuperação extrajudicial impositiva pressupõe o cumprimento de outros 3. São eles: (i) tratamento igualitário dos credores da mesma espécie ou grupo sujeito ao plano; (ii) previsão de efeitos somente para créditos constituídos até data do pedido de sua homologação (163 § 1.º); e (iii) impossibilidade de afastamento da variação cambial sem expressa autorização do credor (163, § 5.º).

330. Espécies de crédito e grupos de credores de mesma natureza e sujeitos a semelhantes condições de pagamento

Para que se possa impor o plano de recuperação extrajudicial aos credores resistentes é preciso que 60% (3/5) dos demais credores nas mesmas condições tenham voluntariamente a ele aderido. Ao determinar o que vem a ser credores sob as mesmas condições, a Lei 11.101/2005 oferece dois critérios: um mais amplo, que reúne credores titulares de créditos da mesma espécie; outro, mais restrito que abrange parte dos credores de uma mesma espécie, desde que titulares de créditos da mesma natureza e com condições de pagamento semelhantes. Quanto à abrangência do plano, a discricionariedade do devedor e dos signatários restringe-se a abordar toda a espécie ou estabelecer critérios precisos de definição do grupo que a eles se sujeitarão. Mas não se admite que a abrangência do plano esteja sujeita a critérios pessoais ou subjetivos, sob pena de se beneficiar certos credores justamente por terem sido excluídos da recuperação extrajudicial. Explica-se. Tome-se uma empresa que tenha, entre seus muitos credores da mesma espécie, 20 deles com créditos de igual natureza e condições de pagamento (consideremos créditos de igual valor para fins didáticos). Poderá o devedor propor recuperação extrajudicial impositiva, com dilação substancial de pagamentos, que subordine os 20, desde que obtenha a anuência de 12 deles (60%). Mas se obtiver a aderência de 8 somente, não poderá ‘escolher’

⁶⁴² Numa situação prevista pela ‘teoria dos jogos’ e semelhante ao famoso ‘dilema do prisioneiro’. Cf. ROE, Mac J. Bankruptcy and debt: a new model for corporate reorganization, p. 323

⁶⁴³ “Confirmation of a plan over a class dissent is known as *cram down* of the plan because the plan is ‘crammed down’ the throat of the dissenting class”. TABB, The law of bankruptcy, p. 845

⁶⁴⁴ Para um histórico do instituto do *cram down* nos Estados Unidos, ver TABB, Charles Jordan. Idem, p. 856 e ss.

mais 4 para impor-lhes o plano. Permitir essa conduta levaria à inadmissível hipótese de se beneficiar certos credores por não sujeitá-los ao plano, imposto a outros nas mesmas condições.⁶⁴⁵ Uma vez definida a abrangência do plano a certa espécie ou grupo, todos os credores que o compõem deverão necessariamente ser considerados na apuração do percentual a que se refere o art. 163 e sofrerão as conseqüências de sua homologação. A precisão da divisão dos credores em grupos sempre poderá ser impugnada pelos interessados com base no art. 164, § 3.º, inc. I, da Lei 11.101/2005.

330.1 *Créditos da mesma espécie*

A expressão *classe* é usada na Lei 11.101/2005 para referir-se à ordem de prioridade decorrente da natureza do crédito (art. 6.º, § 3.º, 26, 37, 44, 45, 119 etc.). É dela que decorrem os direitos dos credores sob o regime falimentar ou de recuperação judicial. Para os fins da recuperação extrajudicial, entretanto, talvez em razão da incoerência das mesmas conseqüências,⁶⁴⁶ os credores são divididos de acordo com a *espécie* de seus créditos. O conceito é utilizado para definir os limites de imposição do plano a credores dissidentes. Note-se que, à exceção da ocorrência no art. 163 relativo à recuperação extrajudicial, não há qualquer outra referência à *espécie de crédito* em toda a Lei. Não há dúvidas de que, exclusivamente para o fim de sujeitar os credores a conseqüências semelhantes, o termo *espécie*, quanto à recuperação extrajudicial, corresponde à *classe* na falência e na recuperação judicial. É isso que demonstra claramente o § 1.º do art. 163 ao referir-se às “(...) espécies de créditos previstos no art. 83, incs. II, IV, V VI e VIII do *caput* (sic), desta Lei, (...)”.⁶⁴⁷ A regra, excepcionada pelo conceito de grupo abaixo abordado, expressa que dentro de cada espécie⁶⁴⁸ não há diferenciação entre credores, ainda que seus créditos sejam de natureza diversa, como aqueles dos sócios sem vínculo empregatício (art. 83, inc. VIII, *b*) e das debêntures sub-quiografárias (art. 83, inc. VIII, *a*, e Lei 6.404/1976, art. 58, § 4.º). Essa a razão que levou o legislador, ao restringir a inclusão das multas tributárias e penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, a afastar da recuperação extrajudicial os créditos decorrentes de multas contratuais (art. 83, inc. VII).

330.2 *Grupos de credores de mesma natureza, sujeitos a semelhantes condições de pagamento*

Maior dificuldade oferece a definição do que seja *grupo de credores de mesma natureza, sujeitos a semelhantes condições de pagamento*. Mencionada no § 1.º do art. 163, a expressão pretende oferecer uma alternativa excepcional para o agrupamento dos credores que se sujeitarão ao plano. Trata-se assim de uma subdivisão dos credores titulares de créditos de uma mesma espécie. A disposição socorre o devedor que possui muitos credores titulares de créditos de certa espécie, mas, por suas características, só necessita do acordo quanto à parte deles. Para a definição do grupo de credores é preciso

⁶⁴⁵ Nesse mesmo sentido, ver PAIVA, Luiz Fernando Valente. Da recuperação extrajudicial, p. 584.

⁶⁴⁶ Participação na Assembléia de Credores (art. 41), participação no Comitê de Credores (art. 26) etc.

⁶⁴⁷ É o art. 83 que determina a classificação dos créditos concursais. Ver comentário ao art. 83.

⁶⁴⁸ Salvo quanto ao uso do conceito de grupos de mesma natureza com condições de pagamento semelhantes, como analisado a frente.

que três parâmetros sejam respeitados: seus créditos devem (i) ser da mesma espécie; (ii) ter a mesma natureza; e (iii) estar sujeitos às mesmas condições de pagamento. Dos três critérios, o único preciso é o primeiro, abordado no item 348.1 acima. Quanto à *natureza*, não deve haver rigidez na forma de defini-la. Trata-se de alguma característica original do crédito, definida sob critérios objetivos e impessoais e em contribuição à finalidade da recuperação extrajudicial, qual seja, a preservação da empresa, que sirva para identificá-lo com outros. Nesse sentido, podem constituir grupos os credores titulares de créditos de instituições financeiras, créditos de fornecedores de produtos, créditos não operacionais⁶⁴⁹ etc. Também quanto às condições de pagamento, não se deve exigir extrema precisão quanto às características dos créditos. Curto, médio e longo prazo, ou pagamentos periódicos, exemplificativamente, são critérios admissíveis, especialmente em face das particularidades do devedor.

O mais importante aqui é que os critérios de definição do grupo sejam impessoais e eqüitativos. Caberá ao devedor, juntamente com os credores aderentes, defini-los com precisão. A consistência dos critérios será provada no momento da impugnação, quando credores insatisfeitos poderão questioná-los pleiteando a não homologação do plano (art. 164, § 3.º, inc. I).

331. Apuração do percentual necessário à imposição do plano

A apuração do percentual de adesão necessário à imposição do plano à minoria dissidente demanda cumprimento de certas regras. Inicialmente, e por óbvio, não podem ser considerados na apuração dos 60% os créditos não incluídos no plano. Consequentemente, como não são abrangidos pelo plano, sua homologação não significará qualquer alteração nas condições originais de pagamento (art. 163, § 2.º).

331.1 *Credores por quantias em moeda estrangeira*

Para que se obtenha a uniformização e estabilização dos valores a partir dos quais se obterá o percentual necessário à aprovação do plano impositivo, faz-se necessária a conversão dos créditos em moeda estrangeira para moeda corrente nacional. O art. 163, § 3.º, inc. I estabelece como parâmetro para a conversão, o câmbio da véspera da assinatura do plano. O dispositivo traz duas dificuldades. A primeira, mais simples, que diz respeito à taxa que deverá ser usada, pode ser suprida pela adoção da PTAX 800 divulgada pelo BACEN, ou similar, que reflita a média de preços praticados no dia útil imediatamente anterior. Quanto à segunda, como a norma fala em data de assinatura do plano, pode ocorrer que diversos titulares de créditos em moeda estrangeira venham a aderir ao plano em datas diferentes. Com a volatilidade do câmbio em nosso País, essa diferença de prazo pode ser causa de instabilidade e incerteza, e em última análise, levar o credor a evitar a assinatura do plano. A única solução para tanto é negociar previamente com os credores e colher suas assinaturas em certa data próxima à distribuição do pedido. Se, por outro lado, o titular de crédito em moeda estrangeira não for um aderente ao plano, mas sujeitar-se a ele pela verificação de adesão dos 60% demais de sua espécie ou grupo, não havendo, portanto, data precisa de assinatura, natural que para apuração do percentual seja fixado o câmbio no dia anterior à distribuição do pedido. Destaque-se

⁶⁴⁹ PAIVA, Luiz Fernando Valente. Da recuperação extrajudicial, p. 584.

que a conversão do crédito em moeda nacional aplica-se tão somente para a apuração do percentual necessário à imposição do plano aos demais do mesmo grupo ou espécie. Não afeta a exigibilidade do crédito, nem altera sua natureza. Tanto que a Lei garante que, para o fim de pagamento, os créditos em moeda estrangeira só podem ser convertidos em moeda corrente nacional mediante manifestação expressa do credor (art. 163, § 5.º), em dispositivo similar ao aplicável às recuperações judiciais (art. 50, § 2.º).

331.2 *Credores ligados ao devedor*

Quanto aos créditos detidos pelos listados no art. 43, quais sejam: (i) sócios do devedor; (ii) sociedades coligadas, controladoras ou controladas (iii) sociedades que tenham sócios ou acionistas com participação superior a 10% do capital social do devedor; (iv) sociedade em que o devedor ou algum de seus sócios detenha participação superior a 10%, e (v) cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, colateral até 2.º grau ascendente ou descendente do devedor, de administrador, do sócio controlador, de membros dos conselhos consultivo, fiscal e semelhantes, da sociedade devedora e a sociedade em que qualquer dessas pessoas exerça suas funções; apesar de poderem sujeitar-se ao plano, não serão computados para a apuração dos 60% necessários à imposição aos credores resistentes (art. 163, § 3.º, inc. II). Coerentemente, o legislador, preocupado com sua proximidade com o devedor, confere a tais pessoas, na recuperação extrajudicial, tratamento semelhante ao dispensado a elas na recuperação judicial e na falência, quando lhes permite a participação na Assembléia de Credores, mas sem direito a voto e sem influência na apuração dos *quorums* (art. 43).

332. Efeitos da homologação do plano

A homologação do plano de recuperação extrajudicial nos termos do art. 163 é essencial à imposição do plano aos credores a ele contrários, desde que verificada a aderência de 60% dos demais do mesmo grupo ou espécie. Os credores não aderentes só se tornam vinculados ao plano após sua homologação. Além destes, a homologação do plano de recuperação extrajudicial impositiva gera os mesmo efeitos aplicáveis à recuperação meramente homologatória.⁶⁵⁰

333. Documentos necessários à homologação

Diferentemente do caso do art. 161, em que os aderentes escolheram livremente aceitar os termos propostos pelo devedor, na recuperação extrajudicial a que se refere este art. 163 o plano será imposto e vinculará credores que com ele não concordam. A fim de se superar a assimetria de informações que permeia seu relacionamento com os credores, há necessidade de maior transparência do devedor, que deve demonstrar a viabilidade de sua proposta e sua boa-fé no intento de executar plenamente o quanto formulado. Em função dessa maior necessidade de informação para confirmar-se a imposição aos credores resistentes, o art. 163, § 6.º elenca, em acréscimo aos referidos no art. 162, uma série de documentos que devem ser apresentados pelo devedor juntamente com seu pedido de homologação do plano. Sua apresentação incompleta, imprecisa ou mesmo inconsistente pode levar à impugnação pelos credores ou ao indeferimento do plano (art. 164, § 5.º,

⁶⁵⁰ Ver comentários ao art. 162.

in fine).⁶⁵¹ Tratam-se de vários documentos que esclarecem a situação patrimonial do devedor, representam suas demonstrações contábeis ordinárias e especiais nos termos do art. 51, inc. II, comprovam os poderes de novação e transação dos representantes dos aderentes e apresentam a relação de completa e detalhada de credores do requerente, com as características dos seus créditos.

Art. 164. Recebido o pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial previsto nos arts. 162 e 163 desta Lei, o juiz ordenará a publicação de edital no órgão oficial e em jornal de grande circulação nacional ou das localidades da sede e das filiais do devedor, convocando todos os credores do devedor para apresentação de suas impugnações ao plano de recuperação extrajudicial, observado o § 3º deste artigo.

§ 1º No prazo do edital, deverá o devedor comprovar o envio de carta a todos os credores sujeitos ao plano, domiciliados ou sediados no País, informando a distribuição do pedido, as condições do plano e prazo para impugnação.

§ 2º Os credores terão prazo de 30 (trinta) dias, contado da publicação do edital, para impugnarem o plano, juntando a prova de seu crédito.

§ 3º Para opor-se, em sua manifestação, à homologação do plano, os credores somente poderão alegar:

- I – não preenchimento do percentual mínimo previsto no *caput* do art. 163 desta Lei;
- II – prática de qualquer dos atos previstos no inciso III do art. 94 ou do art. 130 desta Lei, ou descumprimento de requisito previsto nesta Lei;
- III – descumprimento de qualquer outra exigência legal.

§ 4º Sendo apresentada impugnação, será aberto prazo de 5 (cinco) dias para que o devedor sobre ela se manifeste.

§ 5º Decorrido o prazo do § 4º deste artigo, os autos serão conclusos imediatamente ao juiz para apreciação de eventuais impugnações e decidirá, no prazo de 5 (cinco) dias, acerca do plano de recuperação extrajudicial, homologando-o por sentença se entender que não implica prática de atos previstos no art. 130 desta Lei e que não há outras irregularidades que recomendem sua rejeição.

§ 6º Havendo prova de simulação de créditos ou vício de representação dos credores que subscreverem o plano, a sua homologação será indeferida.

§ 7º Da sentença cabe apelação sem efeito suspensivo.

§ 8º Na hipótese de não homologação do plano o devedor poderá, cumpridas as formalidades, apresentar novo pedido de homologação de plano de recuperação extrajudicial.

FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JUNIOR

334. Competência

De acordo com o art. 3.º, será competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial o juízo do local do principal estabelecimento do devedor, ou da filial da empresa que tenha sede fora do Brasil.⁶⁵² Como visto, o recebimento do pedido de recuperação extrajudicial não suspende o curso das ações e execuções dos credores não sujeitos aos seus termos (art. 161, § 4.º).

⁶⁵¹ “(...) irregularidades que recomendem a sua rejeição”.

⁶⁵² Ver comentário ao art. 3.º, e, quanto à recuperação extrajudicial, nosso comentário ao art. 161.

335. Publicação de editais e cientificação dos credores

Assim que receber a petição inicial pleiteando a homologação do plano, e desde que instruída com todos os documentos necessários, determinará o juiz a publicação de edital no órgão oficial e em jornal de grande circulação no país ou nas localidades da sede e das filiais do devedor. Não se trata de *citação* por edital. O claro objetivo da norma é garantir que os credores tenham conhecimento da existência do pedido a fim de que possam manifestar-se sobre a recuperação extrajudicial proposta. Daí porque a publicação nacional só se faz necessária se não for possível e economicamente viável a publicação em jornais das localidades onde o devedor atue através de sede e filiais. O conteúdo do edital deve ser o mínimo necessário a assegurar a todos os credores a ciência do pedido de homologação do plano, convocando-os para venham a impugná-lo, se o quiserem, no prazo de 30 dias. Não há necessidade de realizar a publicação no exterior, mesmo se existirem credores estrangeiros. Os editais não são dispensados mesmo que se comprove a ciência de todos os credores diretamente atingidos pelo plano porque qualquer credor será legitimado a impugná-lo (art. 164, § 3.º) e é sempre possível que certo credor não tenha seu crédito reconhecido pelo devedor, o que será apreciado pelo juízo. Os custos dos editais deverão ser suportados pelo devedor requerente. Todos os editais e demais publicações a que se refere este artigo serão precedidos da expressão “Recuperação extrajudicial de...” (art. 191, parágrafo único).

O devedor terá ainda que enviar carta comunicando sobre o pedido a todos os credores sujeitos ao plano, desde que domiciliados ou sediados no País. O fato de não constituir obrigação do devedor apresentar tempestivamente comprovante de cientificação dos credores estrangeiros, não significa que não deva tentar informá-los, especialmente se forem titulares de créditos sujeitos ao plano em razão da imposição prevista no art. 163. Nos dias atuais, com a facilidade de comunicação via fax, e-mail ou similares, a simples desconsideração dos credores estrangeiros quanto à ciência do pedido de recuperação extrajudicial, ainda que autorizada pela Lei 11.101/2005, pode demonstrar má-fé do devedor a ser considerada no momento da homologação judicial do plano. No mesmo prazo de impugnação (30 dias a contar da publicação do edital), deverá o devedor comprovar o envio das cartas (art. 164, § 1.º). Há que se destacar que o legislador não demanda comprovante “de recebimento”, mas “de envio”, o que leva à conclusão de que estará satisfeita a exigência deste § 1.º do art. 164 se o devedor demonstrar o envio da carta para o endereço correto do credor, dentro do prazo.

A carta deverá informar a distribuição do pedido, o juízo do processo, bem como as condições do plano e o prazo para impugnação (art. 164, § 1.º). Note-se que, mesmo considerando-se outra data de envio da correspondência, o prazo de 30 dias para impugnação terá seu *dies ad quem* determinado pela data da publicação dos editais (art. 164, § 2.º). Assim, obviamente, não se admite que o devedor, sem relevante razão, postergue o envio das cartas até os derradeiros dias do prazo, de modo a prejudicar a livre manifestação dos interessados.

336. Impugnação

Para impugnarem a homologação do plano, os credores deverão ingressar em juízo no prazo do edital, comprovando seu crédito (art. 161, § 2.º), que não precisa ser líquido nem exigível. A comprovação poderá ser dispensada se o crédito estiver listado no plano e sobre ele não repousarem dúvidas de qualquer natureza. Qualquer credor pode impugnar

a homologação do plano, mesmo que seu crédito não seja diretamente atingido, uma vez que a recuperação extrajudicial pode afetar o curso normal dos negócios da empresa, como no caso exemplificativo da previsão de venda de filiais ou unidades produtivas isoladas (art. 165). O conteúdo da impugnação é restrito a certas matérias elencadas nos §§ 3.º e 6.º do art. 164. Em qualquer modalidade de recuperação extrajudicial, poderá ser objeto de impugnação a inclusão, no plano, da previsão de prática de atos considerados caracterizadores do estado falimentar (art. 94, inc. III)⁶⁵³ ou, em conluio com terceiros, voltados à imposição de prejuízos aos credores (art. 130), ainda que estes últimos sejam de difícil demonstração (art. 164, § 3.º, inc. II). Pode-se ainda impugnar a homologação de plano que contenha ou preveja infração à lei (art. 164, § 3.º, inc. III), ou irregularidades (art. 164, § 5.º, *in fine*) e ilegalidades em relação à Lei 11.101/2005 (art. 164, § 3.º, inc. II), o que abarca, exemplificativamente, o descumprimento de qualquer dos requisitos objetivos do plano,⁶⁵⁴ bem como a falta, incompletude ou inconsistência⁶⁵⁵ dos documentos exigidos pelo art. 163, § 6.º para a recuperação extrajudicial impositiva. Por fim, também podem ser objeto de impugnação a simulação de créditos e o vício de representação (art. 164, § 6.º). Ambos os casos, mas principalmente o primeiro, podem caracterizar o crime previsto no art. 168. Em homenagem ao princípio da preservação da empresa viável e de sua função social, de bom alvitre que se permita ao credor cuja representação tiver sido reconhecida como viciada, que ratifique-a, hipótese em que, sanado o vício, poderá o plano ser homologado.

Quanto aos planos de recuperações extrajudiciais impositivas, além das matérias acima, poderão os credores oporem-se à homologação no caso de descumprimento do *quorum* mínimo de aprovação de 60%, previsto no art. 163 (art. 164, § 3.º, inc. I).

337. Sentença e seus efeitos

Decorrido o prazo de apresentação das impugnações, o devedor terá 5 dias para se manifestar sobre todas elas (art. 164, § 4.º). Na seqüência, o juiz terá 5 dias, sem necessidade de ouvir o Ministério Público, para decidir sobre a homologação do plano (art. 164, § 5.º). A Lei não prevê fase de instrução no que não é incompatível com o caráter meramente homologatório da decisão a ser proferida. Entretanto, caso excepcionalmente considere o magistrado não ter elementos suficientes para decidir (como, por exemplo, no caso de alegação inconsistência de um crédito envolvido no plano) pode determinar a sucinta produção de provas ou mesmo a manifestação do devedor. A celeridade, entretanto, deve ser a tônica do procedimento.

É a sentença homologatória que institui a recuperação extrajudicial. De toda forma, homologando ou rejeitando o plano, contra a sentença caberá apelação, sem efeito sus-

⁶⁵³ A péssima redação do inc. II do § 3.º do art. 164 poderia levar à interpretação de que o objeto da impugnação seria a prática pretérita de tais atos pelo devedor, o que é de todo incoerente. Uma coisa é evitar homologar plano que contemple futura prática de atos considerados falenciais; outra é o reconhecimento judicial da anterior prática de tais atos, sem a possibilidade da conseqüente decretação de falência, o que é inadmissível. Não se concebe trazer questão falimentar para o célere processo de homologação de plano de recuperação extrajudicial, sob pena de ambos os procedimentos saírem prejudicados, com o que corrobora o conteúdo do § 5.º desse art. 164.

⁶⁵⁴ Ver comentário aos arts. 161 e 163.

⁶⁵⁵ Inclusive em relação às propostas do plano.

pensivo (art. 164, § 7.º). A rejeição do plano para homologação não traz como consequência a necessária decretação da quebra do devedor (como ocorre com a recuperação judicial – art. 56, § 4.º), nem tampouco impede a imediata submissão de novo plano à apreciação do Juízo competente (art. 164, § 8.º). A sentença homologatória constitui título executivo judicial conforme determina o art. 475-N, inc. V, do CPC (art. 161, § 6.º). Como o plano, devidamente homologado, representa novação das obrigações dos credores a ele sujeitos, substituirá seus títulos na representação do crédito, e em caso de descumprimento dos seus termos por parte do devedor, poderá qualquer credor executá-la judicialmente.

Art. 165. O plano de recuperação extrajudicial produz efeitos após sua homologação judicial.

§ 1º É lícito, contudo, que o plano estabeleça a produção de efeitos anteriores à homologação, desde que exclusivamente em relação à modificação do valor ou da forma de pagamento dos credores signatários.

§ 2º Na hipótese do § 1º deste artigo, caso o plano seja posteriormente rejeitado pelo juiz, devolve-se aos credores signatários o direito de exigir seus créditos nas condições originais, deduzidos os valores efetivamente pagos.

FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JUNIOR

O *caput* do art. 165, aplicável a ambas as espécies de recuperação extrajudicial (homologatória e impositiva), simplesmente confirma que a homologação do plano é condição para a instauração da recuperação extrajudicial com todos os seus efeitos. Sem a homologação, o acordo, como contrato atípico, gerará somente efeitos contratuais ordinários entre os signatários (art. 167). O plano nunca produzirá efeitos antes da homologação para os credores aos quais tiver sido imposto pela deliberação da maioria do grupo ou espécie de créditos da mesma natureza (art. 165, § 1.º). A determinação é consequência lógica do fato de que para os credores contrários ao plano, é a homologação judicial que lhes estende, impositivamente, os efeitos da recuperação extrajudicial. Note-se, entretanto, que nada impede que os signatários determinem desde o momento da adesão, ou em ratificação após a rejeição judicial da homologação, sua vinculação ao plano não homologado, desde que sua realização não dependa da ocorrência dos efeitos exclusivos da recuperação extrajudicial (art. 167). Sem a ressalva de vinculação como simples contrato em caso de não homologação ou sem sua posterior ratificação, uma vez rejeitado o plano pelo juízo competente, ficam preservados os direitos dos credores aderentes de exigir seus créditos nas condições originais anteriores à adesão, sem descontos ou alterações de qualquer espécie, inclusive quanto a privilégios, garantias e preferências.⁶⁵⁶ Por seu turno, pagamentos realizados a tais credores antes da rejeição judicial do plano, pelo devedor ou por terceiros à sua ordem, não poderão ser repetidos, e serão deduzidos do valor original do crédito em caso de não homologação. (art. 165, § 2.º).

⁶⁵⁶ Isso porque, se havia a expectativa de homologação do plano, sua rejeição altera a figura jurídica aplicável (contrato ordinário x recuperação extrajudicial) e portanto acaba com eventual *animus novandi* impedindo a novação da obrigação original (*obligatio novanda*).

Art. 166. Se o plano de recuperação extrajudicial homologado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado, no que couber, o disposto no art. 142 desta Lei.

FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JUNIOR

338. Modalidade de alienação

O presente dispositivo trata da alienação de bens do devedor em cumprimento ao previsto no plano de recuperação extrajudicial devidamente homologado. Planos não homologados ou quaisquer outros acordos celebrados entre devedor e credores, nos termos do art. 167, não estarão sujeitos aos termos deste art. 166, segundo o qual a venda de ‘filiais ou unidades produtivas isoladas’ do devedor deverá dar-se judicialmente, aplicando-se o previsto no art. 142.⁶⁵⁷ Quer isso dizer que outros bens podem ser livremente alienados pelo devedor, na forma que melhor lhe aprouver, não obstante estejam tais alienações sujeitas aos efeitos dos arts. 129 e seguintes da Lei 11.101/2005, podendo ser declaradas ineficazes ou revogadas caso, ocorrendo falência superveniente do devedor, venham a ser reconhecidas as hipóteses previstas nos arts. 129 e 130. Quanto aos estabelecimentos representando filiais ou unidades produtivas isoladas, sua venda deverá dar-se por leilões com lances orais, propostas fechadas ou pregão, tudo sob a supervisão judicial, nos termos do art. 142. Por sua inaplicabilidade ao caso das recuperações extrajudiciais, não haverá necessidade de ouvir-se previamente o administrador judicial ou mesmo atender-se aos pleitos do Comitê de Credores.

Destaque-se por fim que o simples fato de realizar-se a alienação do estabelecimento por leilão, proposta ou pregão (art. 142) por decisão judicial, não constitui, em si, garantia de que o ato não virá a ser revogado ou considerado ineficaz em caso de uma possível quebra posterior do devedor em recuperação extrajudicial. Na esteira do que já previa o art. 58 do Dec.-lei 7.661/1945, a Lei 11.101/2005 estabelece, em seu art. 138, que estão sujeitos à revogação e à declaração de ineficácia quaisquer atos, mesmo resultantes de decisão judicial, que possam ser incluídos nas hipóteses dos arts. 129 e 130, respectivamente.

339. Alienação e sucessão do adquirente

Realizada a venda do estabelecimento através do Juízo, com as formalidades aplicáveis, nos termos do que determinam os arts. 166 e 142; estaria o objeto da alienação livre de ônus e seu adquirente eximido da sucessão como previsto no art. 141? A resposta, certamente não definitiva, demanda a análise prévia de alguns aspectos. Inicialmente, há que se notar que o art. 142 encontra-se no Capítulo V (Falência), Seção X (realização do ativo). A Seção X trata de ‘formas’ e ‘modalidades’ de alienação de bens. As ‘formas’ vêm bem descritas no art. 140⁶⁵⁸ e ligam-se aos bens reciprocamente considerados. Deve-se dar preferência, sempre que possível, à venda dos bens em conjunto: alienação da em-

⁶⁵⁷ O art. 166 faz referência somente às modalidades de alienação do art. 142 porque quanto às formas (art. 140), desde logo destaca que aplica-se somente à venda de filiais ou unidades produtivas isoladas do devedor (o equivalente ao inc. II do art. 140), como se explicará abaixo.

⁶⁵⁸ “Art. 140. A alienação dos bens será realizada de uma das seguintes formas, (...)”.

presa em bloco, de seus estabelecimentos isoladamente, de bens dos estabelecimentos ou de bens isolados, nesta ordem. Já as ‘modalidades’ dividem-se em ‘típicas’ e ‘atípicas’. As ‘modalidades típicas’ estão previstas no art. 142 que prevê três delas: leilão, propostas e pregão. Já o art. 144 admite ‘modalidades atípicas’ de alienação (diversas daquelas previstas no art. 142) desde que cumpridos certos requisitos. Para ambas as espécies de modalidades de alienação existe expressa previsão de dispensa de apresentação de certidão negativa pela massa (art. 146). Não há na Lei 11.101/2005 nenhuma outra *modalidade* de alienação. Daí a surpresa quando o art. 141, ao indicar as modalidades de alienação às quais aplicam-se seus efeitos, faz auto-referência.⁶⁵⁹ Ora, como o art. 141 não trata de nenhuma *modalidade* de alienação de ativos, mas das suas conseqüências, há que se concluir que a auto-referência é um equívoco do legislador.⁶⁶⁰ E em não sendo o art. 141 um dispositivo excepcional, mas uma regra geral, resta inequívoco que seu conteúdo aplica-se às *modalidades* típicas do art. 142.⁶⁶¹ O *caput* do art. 141 deveria, portanto, fazer referência ou ao art. 142 (como ocorre com o art. 143) ou, mais precisamente, à Seção X como um todo. Como não há no art. 141 qualquer restrição de aplicabilidade, cabível concluir-se que suas disposições, especialmente quanto aos ônus dos bens alienados e à ausência de sucessão para o adquirente (art. 141, inc. II) aplicam-se às modalidades de alienação previstas no art. 142, inclusive se ocorridas no curso de recuperação extrajudicial nos termos do art. 166. Quanto à sucessão, entretanto, a isenção do adquirente não se aplica a débitos tributários vez que a LC 118/2005, que alterou o § 1.º do art. 133 do CTN, faz expressa referência à falência e à recuperação judicial, deixando de contemplar com o benefício as alienações relativas à recuperação extrajudicial.

340. Alienação e fraude em matéria fiscal

Qualquer que seja a modalidade de alienação adotada pelo devedor, há que se destacar a aplicação do disposto no art. 185 do CTN, conforme sua nova redação dada pela LC 118/2005. Nos seus termos, será considerada fraudulenta – e, portanto, sujeita à declaração de sua ineficácia ao menos em face do Fisco – a alienação ou oneração de bens ou rendas, se o alienante tiver débito tributário inscrito como dívida ativa.

Art. 167. O disposto neste Capítulo não implica impossibilidade de realização de outras modalidades de acordo privado entre o devedor e seus credores.

FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JUNIOR

Por mais que não fosse necessário fazê-lo através de dispositivo de lei, o art. 167 reafirma a possibilidade de realização de qualquer modalidade de acordo entre credores e devedor. Tais acordos não estarão sujeitos às exigências previstas na Lei (como apresentação de plano, tratamento não prejudicial aos credores não signatários etc.), mas

⁶⁵⁹ “(...) promovida sob qualquer das modalidades de que trata este artigo [141]: (...)” (sic).

⁶⁶⁰ Que, aliás, não seria o único, como se verifica na errada referência que o art. 163, § 3.º, inc. II faz a “este artigo” quando claramente deveria mencionar “desta Lei”: “II – não serão computados os créditos detidos pelas pessoas relacionadas no art. 43 *deste artigo*” (grifamos).

⁶⁶¹ Ainda que pareça claro que também se aplica às modalidades atípicas, como se interpreta da leitura do § 1.º do art. 145 que pretende estender as conseqüências da alienação previstas no art. 141 inclusive a sociedades criadas das quais participe o devedor ou seus sócios.

dela também não poderão aproveitar as vantagens (imposição a credores oportunistas, alienação de estabelecimento sem sucessão etc.). Trata-se da reafirmação do princípio da autonomia privada, que sepulta de vez a proposta da lei anterior de punir com a caracterização do estado de falência o devedor que propusesse acordo aos seus devedores fora do procedimento de concordata,⁶⁶² o que vinha na contramão das mais modernas tendências de composição e busca de solução de mercado para as empresas em crise. Nessa mesma situação estará o plano de recuperação extrajudicial que não seja homologado judicialmente, tenha ou não sido levado a Juízo pelo devedor. Note-se, entretanto, em vista de possível expectativa de avaliação judicial do seu conteúdo no momento da adesão, que para que seus signatários estejam vinculados em caso de não homologação, deverão ter expressamente concordado com isso no momento da assinatura, ou ratificar seus termos após a rejeição pelo juízo competente (art. 165, § 1.º).

Para todos aqueles que não preencherem as exigências necessárias para se beneficiar com as previsões expressas referentes à recuperação extrajudicial, mas que tiverem obtido junto aos credores concordância quanto a termos e condições de sistematização de seus débitos, o acordo fora dos preceitos da Lei 11.101/2005 é solução válida e aplicável.

⁶⁶² Art. 2.º, inc. III, do Dec.-lei. 7.661/1945.



Capítulo VII

DISPOSIÇÕES PENAIS⁶⁶³

GUILHERME ALFREDO DE MORAES NOSTRE

O termo *tipo* exprime a idéia de *modelo, esquema*. Como bem salienta Francisco de Assis Toledo, de um modo geral, o tipo é um conceito abstrato elaborado com o material obtido daquele “algo comum” que retiramos de uma variedade de entes particulares.

“Não obstante, por um processo de reversão, depois de elaborado o tipo, dele extraímos, igualmente, certo significado que, silogisticamente, passamos a atribuir aos entes que sob ele se agrupam. Estabelece-se, com isso, uma verdadeira interação entre o tipo e os entes que sob ele se agrupam. Pode-se, pois, afirmar que, nessa acepção, o tipo não é pura criação mental, mas sim descrição esquemática de indivíduos, coisas, objetos ou fenômenos. Apesar disso, não deixa de ser abstração e também uma idéia-força que agrupa e retém entes particulares, que apresentam certas características uniformes, deles recebendo mas igualmente transmitindo-lhes significado”.⁶⁶⁴

No mesmo sentido, Miguel Reale Júnior afirma que a construção dos tipos exige que o legislador extraia da realidade dados elementares invariáveis, estabelecendo um modelo abstrato extraído da realidade.⁶⁶⁵

A tipicidade, nesse contexto, seria a subsunção de uma conduta real a um modelo abstrato, mas representativo da própria realidade.

O tipo legal de crime, ou simplesmente tipo penal, pode ser conceituado como um modelo abstrato de comportamento proibido. O legislador, em verdade, busca plasmar em uma frase um comportamento identificado na *vida real* e considerado inadequado de ser realizado no meio social, por lesar ou expor a perigo de lesão os interesses ou as potencialidades dos componentes desse meio, ou o desenvolvimento da sociedade como um todo.

Se o comportamento proibido inserido no tipo legal de crime for constatado, posteriormente, na realidade, pode-se dizer que essa conduta real será típica. A constatação dessa “replicação” da conduta proibida, no entanto, exige cuidado, pois não se pode pensar em critério de aproximação ou similaridade. O critério que se impõe é o da exatidão. A nova conduta será típica se, e somente se, exatamente como a entranhada no tipo legal de crime.

Para permitir que esse juízo de tipicidade seja realizado com segurança, entende-se que ambas as condutas – a conduta concreta examinada e a conduta paradigmática existente no tipo penal – devam ser comparadas detalhadamente.

⁶⁶³ Autor desta introdução: Guilherme Alfredo de Moraes Nostre.

⁶⁶⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, 4. ed., p. 182.

⁶⁶⁵ REALE JR., Miguel. *Parte geral do Código Penal: nova interpretação*, p. 37.

Como a conduta paradigmática, não obstante sua essência real, está presente de forma esquemática, na forma de um modelo normativo, construído por intermédio da linguagem jurídica, o exame da tipicidade deve se ater a cada um dos elementos usados por essa linguagem normativa para plasmar a realidade.

Os elementos do tipo nada mais são do que elementos de linguagem normativa utilizados para representar a realidade. No caso dos tipos legais de crime, são os elementos de linguagem necessários para transmitir a mensagem do legislador de que aquela conduta real é proibida e poderá ser sancionada com uma pena.

No contexto da linguagem normativa, mais do que a descrição abstrata de uma conduta proibida, o tipo legal de crime é a comunicação da proibição de uma conduta concreta.

Nesse sentido, Francisco de Assis Toledo o conceitua como expressão esquemática de uma ação ilícita, ou como a normação da conduta ilícita.⁶⁶⁶

341. Os elementos do tipo penal

A expressão normativa de uma conduta proibida enseja a utilização de diversos elementos lingüísticos necessários para representar cada um dos aspectos extraídos da realidade. Assim, encontram-se elementos dispostos a identificar os sujeitos da conduta, ou seja, o ativo que realiza a conduta, e o passivo, *titular* do interesse lesionado ou exposto a perigo; a conduta que genericamente ali se plasma com elementos de natureza objetivo-descritiva, elementos normativos e elementos subjetivos; um objeto de natureza jurídica enquanto interesse ou valor juridicamente tutelado; um objeto material, ente sobre o qual se concretiza a vulneração do interesse juridicamente protegido.⁶⁶⁷

342. Sujeitos

Se o crime é a ação comissiva ou omissiva proibida por lesar ou expor a perigo de lesão um valor ético-socialmente relevante, é evidente que aludida conduta deve ser praticada por uma pessoa e atingir interesse de outrem. Esses são os sujeitos do delito, o primeiro, o sujeito ativo, o segundo, passivo.

O sujeito ativo, portanto, é o autor da conduta proibida. Pode ser o executor da ação, ou pode se valer de interposta pessoa, caso em que será autor imediato ou mediato, respectivamente. Nesse passo, vale lembrar de hipóteses em que se proíbe que a execução seja efetivada por interposta pessoa, casos denominados “crimes de mão própria”.

Em regra, os crimes descrevem condutas que podem ser realizadas por qualquer pessoa, nesses casos o sujeito ativo é impróprio. Outras vezes, a conduta proibida somente pode ser realizada por pessoa que apresente uma qualidade especial, fala-se, então, em sujeito próprio.

O sujeito passivo, por sua vez, é o titular do bem jurídico que se pretende tutelar por meio da criminalização daquela conduta.

O sujeito passivo pode ser tanto a pessoa jurídica quanto a pessoa física. Pode ser também o Estado ou um conglomerado social.

⁶⁶⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, 4. ed., p. 82.

⁶⁶⁷ REYES ECHANDIA, Alfonso. *Derecho penal*, 1994, p. 82.

Com efeito, diferencia-se o sujeito passivo do eventual prejudicado pelo delito, ou a vítima, não obstante as duas condições muitas vezes recaiam sobre o mesmo indivíduo. O prejudicado é aquele que recebe prejuízo direto com o comportamento danoso, ainda que outro seja o titular do bem jurídico tutelado.

Assim como ocorre com o sujeito ativo, por vezes o sujeito passivo somente poderá ser aquele que possuir uma especial condição ou qualidade.

343. A conduta proibida

A conduta proibida expressa no tipo penal se utiliza dos seguintes recursos de linguagem normativa:

Verbo – a conduta, do ponto de vista gramatical, é uma oração, cujo núcleo necessariamente é um verbo representativo de uma ação que poderá ser comissiva ou omissiva. Além do verbo principal, podem haver, ainda, outros verbos utilizados pelo legislador para descrever a conduta, cujas funções, entretanto, serão sempre acessórias.

Modelo descritivo – o legislador pode se valer de vários modelos descritivos para comunicar a conduta proibida. Há modelos descritivos simples, em que se descreve apenas a conduta principal, sem aditamentos circunstanciados, e modelos que descrevem referências ao modo, tempo, lugar e outras situações especiais.

Há modelos que se limitam a descrever a conduta, deixando de fazer referência ao resultado; outros que descrevem conduta e resultado (que pode ser formal ou material); e há modelos que descrevem o resultado, considerando delituosa uma conduta livre.

Em todos os modelos, os elementos a serem utilizados podem ser: (a) objetivos, (b) subjetivos e (c) normativos.

Elementos objetivos – todas as circunstâncias da ação típica que não pertençam ao psiquismo, ao mundo anímico do agente.⁶⁶⁸

São as palavras utilizadas pelo legislador para descrever a aparência da ação, os aspectos exteriores que podem ser percebidos e verificados diretamente.

Elementos subjetivos – são aqueles utilizados para descrever aspectos que se desenvolvem internamente na pessoa que realiza a conduta.

As palavras utilizadas não descrevem situações aparentes, que podem ser percebidas objetivamente, porque se desenvolvem na alma ou na mente de um indivíduo, e somente podem ser presumidas ou verificadas indiretamente pelos observadores.

Há elementos subjetivos que são atinentes a voluntariedade, ou seja, se o agente teve vontade de realizar a conduta (dolo), a intencionalidade, especiais motivos, tendências, intenções, e atinentes a desejo de lesar o bem jurídico, fazendo algo proibido (*animus* ou elemento subjetivo do injusto).

Elementos normativos – são termos ou expressões que só adquirem significado quando complementados por um juízo de valor que pode ser elaborado pela utilização de regras de experiência (normas sociais), conceitos éticos ou pela aplicação de outras normas jurídicas.

⁶⁶⁸ REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Derecho penal*, p. 107.

Objeto jurídico – é o interesse que o direito penal busca tutelar comunicando que determinada conduta não deve ser realizada, e que se o for, quem a praticar deve ser sancionado por uma pena criminal.

é o bem ou interesse que a sociedade considera fundamental para o desenvolvimento das potencialidades dos indivíduos que a compõem ou que asseguram a manutenção e o progresso de todo o corpo social.

Normalmente, o objeto jurídico está implícito, devendo ser deduzido a partir do questionamento sobre a razão da proibição da conduta.

Objeto material – é o ente, pessoa ou coisa, sobre a qual recai a conduta proibida.

Seção I

Dos crimes em espécie⁶⁶⁹

ANTÔNIO SÉRGIO A. DE MORAES PITOMBO

O Dec.-lei 7.661/1945 demandava a reforma da parte penal, por variados motivos. Antes de mais nada, as infrações penais da lei antiga não apresentavam tipo delitivo estruturado em moldes que respeitassem à regra da legalidade,⁶⁷⁰ com olhos a facilitar o juízo da tipicidade. Nem mesmo a simples exigência de técnica legislativa de iniciar a descrição típica com o verbo havia sido acatada no diploma legal anterior. Começavam, os artigos, com o apontamento da pena cominada, sem se delinear a conduta-modelo de forma clara – má característica, causadora de embaraços na pesquisa do núcleo do tipo e respectivos objetos.

Outra razão para alterar a lei vinculava-se à necessidade de trazer, nos novos crimes, uma noção mais perceptível ao intérprete⁶⁷¹ de quais seriam os bens jurídicos tutelados.⁶⁷² Os preconceitos sociais contra o falido se espraiaram pela *praxis* do judiciário, fazendo com que aspectos fundamentais do direito penal acabassem postos de lado.⁶⁷³ A idéia de tipicidade material nem de perto tocava o aplicador da lei,⁶⁷⁴ acostumado a impor condenação sem maiores preocupações quanto à culpa.⁶⁷⁵

Em realidade, promotores de justiça e juízes de direito queriam conferir à lei eficácia que o próprio sistema não lhes permitia. Assim, ao invés de se dedicarem à busca da verdade real, por meio da perquirição de materialidade e autoria delitivas,⁶⁷⁶ ambos levavam a persecução penal a um teatro do absurdo, no qual acusador e magistrado agiam com o único propósito de escapar da prescrição especial do art. 199 do Dec.-lei 7.661/1945. Para tanto, valiam-se da burocratização dos institutos da Lei 9.099/1995, ou de condenações que, ao final de quatro anos, significavam somente o antevisto reconhecimento da

⁶⁶⁹ Introdução por Antonio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo.

⁶⁷⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios de direito penal*. 5. ed., p. 21-29.

⁶⁷¹ Bom trabalho sobre o crime falimentar a auxiliar o pesquisador: GUSMÃO, Sady Cardoso de. *Dos crimes em matéria de falência e seu processo*.

⁶⁷² Faz-se menção à conhecida necessidade de alicerçar o estudo dos tipos em valores constitucionais, como opina, por exemplo: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais do direito penal revisitada*, p. 67.

⁶⁷³ Vejam-se a coletânea e a crítica de: BETANHO, Luiz Carlos. *Crimes Falimentares*. v. 2, p. 1106-1164.

⁶⁷⁴ Até porque desconhecedor de quais emergem os valores constitucionais tutelados, tema abordado por: CAEIRO, Pedro. *Sobre a natureza dos crimes falenciais* – (o patrimônio, a falência, a sua incriminação e a reforma dela), p. 19-76

⁶⁷⁵ No tocante ao afirmado princípio da *culpabilidade*, conferir: LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. p. 32-38.

⁶⁷⁶ Sem falar dos apegos às presunções, de alguns, objeto de apreciação e crítica de: STEVENSON, Oscar. *Do crime falimentar*.

extinção da punibilidade, em virtude da causa acima mencionada. Em palavras simples, a condenação criminal mostrava-se um símbolo marcado sobre os comerciantes levados à garra com começo e final esperados.

Mesmo os advogados preferiam empurrar o andamento do processos, contando com o passar do tempo. Não se aproveitavam das normas processuais (e.g. art. 106 do Dec.-lei 7.661/1945)⁶⁷⁷ que lhes permitiam exercer defesa técnica em favor dos falidos, nas duas fases da *persecutio criminis*. Não se dedicavam à desconstrução das imputações afastadas da realidade dos fatos, muito menos se esforçavam nas defesas dos responsáveis por falências fraudulentas, pois tinham certa impunidade dos clientes, graças à benevolência do lapso temporal restrito. Logo, seja na perspectiva da acusação, seja sob o prisma da reação defensiva, impunha-se o dever de dar cabo à prescrição especial, em prol do emprego dos tipos da parte geral do Código Penal (arts. 108 a 110 do CP).⁶⁷⁸

Os crimes do Dec.-lei 7.661/1945, observados no contexto das excentricidades trazidas pelo legislador penal nos últimos dez anos, tornaram-se perfeito exemplo de que os descasos na elaboração das leis custam muito aos aplicadores do Direito. Ninguém poderia afirmar-se satisfeito com o resultado dos processos-crime em matéria de crime falimentar.

Difícil assentar que os projetistas da Lei 11.101/2005 cumpriram, na plenitude, a missão que se lhes determinou. Todavia, parece inegável o esforço de conferir mais qualidade aos dispositivos penais, desde os trabalhos na subemenda à emenda global do substitutivo ao Projeto de Lei 4.376, a contar do ano de 1997.

Hoje, há tipos descritivos de conduta, nos quais se pode aferir o valor tutelado a partir do matiz com a Lei Maior. Há boa definição dos elementos constitutivos dos tipos, o que exige, na prática, a identificação do corpo do delito. Há em vigor sanções penais aptas a permitir aplicação de penas que respeitem o necessário e o suficiente à justa reprovação, não obstante reconhecida alguma desproporcionalidade na previsão de penas mínimas e máximas.

Assim, algo tem de ser tomado como premissa: os velhos julgados, na maioria embasados em exegeses salvacionistas não respeitadoras do direito penal da culpa,⁶⁷⁹ precisam ser desprezados por quem queira interpretar e aplicar os novos crimes de maneira coerente com a Constituição Federal, o Código Penal e o Código de Processo Penal (art. 108 da Lei 11.101/2005).

Fraude a credores

Art. 168. Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar a recuperação extrajudicial, ato fraudulento de que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores, com o fim de obter ou assegurar vantagem indevida para si ou para outrem:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Aumento da pena

§ 1º A pena aumenta-se de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), se o agente:

⁶⁷⁷ PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. Contribuição ao estudo dos crimes falimentares. p. 597-599.

⁶⁷⁸ Na acepção de REALE JUNIOR, Miguel. *Parte geral do Código Penal*.

⁶⁷⁹ PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. Velhos fantasmas. p. 11.

- I – elabora escrituração contábil ou balanço com dados inexatos;
- II – omite, na escrituração contábil ou no balanço, lançamento que deles deveria constar, ou altera escrituração ou balanço verdadeiros;
- III – destrói, apaga ou corrompe dados contábeis ou negociais armazenados em computador ou sistema informatizado;
- IV – simula a composição do capital social;
- V – destrói, oculta ou inutiliza, total ou parcialmente, os documentos de escrituração contábil obrigatórios.

Contabilidade paralela

§ 2º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) até metade se o devedor manteve ou movimentou recursos ou valores paralelamente à contabilidade exigida pela legislação.

Concurso de pessoas

§ 3º Nas mesmas penas incidem os contadores, técnicos contábeis, auditores e outros profissionais que, de qualquer modo, concorrerem para as condutas criminosas descritas neste artigo, na medida de sua culpabilidade.

Redução ou substituição da pena

§ 4º Tratando-se de falência de microempresa ou de empresa de pequeno porte, e não se constatando prática habitual de condutas fraudulentas por parte do falido, poderá o juiz reduzir a pena de reclusão de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) ou substituí-la pelas penas restritivas de direitos, pelas de perda de bens e valores ou pelas de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas.

GUILHERME ALFREDO DE MORAES NOSTRE

Trata-se de reestruturação do art. 187 da antiga Lei de Falências. Agora, o novo dispositivo além de tratar das fraudes que circundam a decretação da falência também o faz quanto à recuperação judicial e à sentença homologatória de recuperação extrajudicial.

O procedimento para a decretação da falência está descrito nos arts. 94 a 101 da nova Lei. O inovador instituto da recuperação judicial, criado para propiciar meios de superação da crise econômico-financeira do devedor está delineado nos arts. 47 a 72. A recuperação extrajudicial, por sua vez, vem tratada nos arts. 161 a 166, constituindo-se na possibilidade do devedor, que preencher determinados requisitos, definidos no art. 48, propor e negociar com credores plano de recuperação da sua situação econômico-financeira, extrajudicialmente, podendo, a *posteriori* requerer a homologação em juízo de aludido plano que somente produzirá efeitos após a sentença homologatória.

O presente dispositivo incrimina a realização de atos jurídicos eivados de fraude, para tutelar os interesses dos credores. Atos fraudulentos praticados na vida civil ou na atividade comercial, não obstante sejam ilícitos na esfera civil, nem sempre configuram infração penal.

O pressuposto do crime em exame é a perpetração da fraude em prejuízo dos credores, o que se configura por sua realização em momento de crise econômico-financeira. Com efeito, não é porque o tipo penal se refere à fraude praticada antes da decretação da falência, da recuperação judicial ou da sentença homologatória de recuperação extrajudicial, que poderá configurar o delito qualquer ato praticado desde o início da atividade empresarial.

A fraude a credores de que ora se trata é aquela praticada já em momento de desequilíbrio financeiro do devedor. Na recuperação judicial, desde seu requerimento (art. 48). Na recuperação extrajudicial, desde o início das tratativas com os credores para o estabelecimento do plano de recuperação a ser homologado judicialmente. Já na falência o momento do início da crise é de mais difícil determinação, podendo retroceder aos momentos iniciais do período de endividamento temerário que acaba por ensejar a falência, entendimento compatível com a definição da decretação de falência, pelo menos nos crimes pré-falimentares, como condição objetiva de punibilidade.

Trata-se de crime próprio. O sujeito ativo do delito será somente a pessoa física que, na atividade empresarial ou na administração de empresa, tendo credores, ou seja, tendo contraído obrigação de dar, fazer ou deixar de fazer em favor de terceiros, pratica atos fraudulentos, que causem ou possam causar prejuízos a eles. O fato de o crime ser próprio não impede que outras pessoas, alheias à atividade empresarial, cooperem para a realização do delito, configurando co-autoria ou participação.

Se o ato fraudulento é praticado por pessoa jurídica, a responsabilidade criminal será de todos aqueles que, inseridos na estrutura administrativa da empresa, contribuíram de modo eficiente para a realização do ato, sabendo ou devendo saber da situação de crise, do prejuízo aos credores e da vantagem indevida.

A conduta descrita como delituosa é a prática de ato fraudulento, vale dizer, a realização de ato jurídico eivado de fraude. A conduta se perfaz quando se realiza ato que cria, modifica, preserva ou extingue direitos ou obrigações, mas a realização do ato é contaminada por fraude.

A fraude, seja no âmbito penal, seja no âmbito civil, caracteriza-se pelo vício do ato jurídico, consistente tanto na manipulação de seus requisitos e pressupostos quanto no desvirtuamento dos efeitos previstos pelo ordenamento. Nesse contexto, o ato fraudulento somente se perfaz se sua realização tiver sido consequência de engodo, simulação, falsidade ou induzimento em erro, bem assim, se seus efeitos forem deliberadamente distintos daqueles normalmente previstos no ordenamento.

O ato fraudulento deve resultar ou ser idôneo a causar prejuízos aos credores. Vale dizer: se mesmo tendo sido praticado, não se verificar prejuízo real ou potencial aos credores, não haverá crime. Cumpre, portanto, comprovar-se que o ato inquinado de fraude causou um prejuízo determinado ou gerou a possibilidade concreta de um prejuízo. No primeiro caso, o crime é de dano, no segundo, de perigo concreto.

Problema interessante atinente à conduta está relacionado com a utilização, na redação do tipo legal de crime, da palavra “credores”, causando ambigüidade na inteligência da norma. O uso da palavra no plural acaba por ensejar a necessidade de comprovação da existência de mais de um credor para a perfeita subsunção da conduta concreta ao tipo penal, não obstante, aparentemente, a intenção do legislador fosse configurar apenas a existência de débito, sendo o credor indeterminado, sentido que seria obtido também com o uso da palavra no singular, o que não causaria referida perplexidade.

O crime em exame somente se perfaz na modalidade dolosa, consubstanciada na vontade livre e consciente de praticar o ato jurídico fraudulento.

Há previsão de uma finalidade especial da conduta, ou seja, a fraude deve ser perpetrada com o fim de obter ou assegurar vantagem indevida para si ou para outrem.

Indispensável, pois, elemento subjetivo específico dirigido a essa especial finalidade. Destarte, mesmo que praticada a fraude, verificado o prejuízo, se se constatar que a conduta não estava informada pela intenção de obter ou assegurar para si ou para outrem uma vantagem indevida, não haverá o crime.

A vantagem indicada na norma não significa apenas dinheiro, mas deve ter expressão econômica. O elemento normativo do tipo *indevida* aduz que não há qualquer autorização legal para a obtenção ou o asseguramento da vantagem, a qual, nesse sentido, em nenhum aspecto pode ser entendida como direito subjetivo do agente, exercido regularmente.

344. Aumento de pena

Há previsão nos cinco incisos do parágrafo primeiro, de causas de aumento de pena de 1/6 a 1/3, hipóteses de condutas fraudulentas que se presume que causem ou possam causar prejuízo aos credores. Nesses casos, os crimes são de perigo abstrato, pois se considera inexorável o risco que essas condutas causam ao bem jurídico.

Nas hipóteses de aumento de pena, o legislador já antecipa a existência de maior culpabilidade na prática das condutas, impondo ao juiz a aplicação da pena dentro de limites fixados em parâmetros superiores ao mínimo legal previsto na sanção-base, fixada para o tipo simples, no caso, o art. 168, *caput*.

Em verdade, a majorante incide na terceira fase da aplicação da pena (art. 59 do CP), após escolher a pena e a quantidade aplicáveis, de acordo com a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e conseqüências do crime, o juiz estará adstrito a impor o aumento, dentro dos patamares determinados pela norma legal, sendo que, para fixar um aumento acima da fração mínima imposta, o deverá fazer de forma fundamentada, não podendo apontar novamente o mesmo fundamento que eventualmente tenha usado para fixar a pena-base acima do mínimo legal, sob pena de violar o princípio do *non bis in idem*, eivando a decisão de forma absoluta.

345. Inciso I – Elabora escrituração contábil ou balanço com dados inexatos

Trata-se de fraude específica voltada à falsificação do balanço ou da escrituração contábil, instrumentos essenciais à organização da vida econômico-financeira das atividades comerciais.

A vulnerabilização da confiabilidade das escriturações e do balanço é rechaçada pelo legislador, e a não correspondência de suas informações com os dados reais que neles deveriam estar inseridos gera a presunção de que tal prática pode, no mínimo, resultar prejuízo aos credores.

O sujeito ativo será a pessoa física que, na estrutura societária se responsabiliza pela escrituração contábil, bem assim aquele que assina o balanço. Entretanto, serão co-autores ou partícipes todos aqueles que de forma consciente e eficiente contribuirão, ainda que de forma indireta, para a inserção de dados inexatos.

Cumpre, nesse passo, considerar que teria sido mais eficiente a linguagem usada na redação do dispositivo, se tivesse usado a expressão *dado falso*. O termo *inexato*, a rigor, significa apenas o que está errado, em desacordo com o correto, que difere do que seria exato. Dessa forma, poderia gerar a interpretação de que a inserção de dado *inexato*,

mesmo não tendo o agente a consciência da inexatidão, poderia caracterizar o delito. Essa interpretação, todavia, não procede.

Para que se caracterize o delito *sub examinem* é necessário que o agente tenha vontade e consciência de inserir dado inexato, ou seja, é imprescindível que ele tenha conhecimento da inexatidão. Entretanto, para quem tem conhecimento de que o dado que está inserindo não corresponde com o verdadeiro que deveria inserir, aquele que está lançando no balanço é, precisamente, um dado *falso*, ideologicamente falso.

O elemento subjetivo, portanto, é e dolo genérico, a vontade livre e consciente de inserir dado (que sabe) inexato.

346. Inciso II – Omite, na escrituração contábil ou no balanço, lançamento que deles deveria constar, ou alterar escrituração ou balanço verdadeiros

O inc. II tipifica duas condutas: (i) omitir na escrituração contábil ou no balanço lançamento que deles deveria constar; (ii) alterar escrituração ou balanço verdadeiros.

Na primeira, a conduta é omissiva, o agente não realiza a ação que tinha dever legal de efetuar. A inação, o não fazer, somente ganha relevância no direito penal em situações excepcionais, notadamente, quando no ordenamento jurídico há disposição que imponha ao agente o dever de agir. Na atividade comercial, há obrigação de manutenção de perfeita escrituração e na elaboração de balanços periódicos, o que exige o lançamento de todos os dados relevantes para a operação empresarial.

Nessa hipótese, configura o delito a conduta do agente que, tendo conhecimento dos dados relevantes que deveriam ser lançados, deliberadamente, não o faz.

O sujeito ativo é quem tem a incumbência de realizar o lançamento, e também quem, vindo a ter conhecimento da omissão, por exemplo, quando apontado em relatório de auditoria, não determina o lançamento.

Como todo crime omissivo, somente se perfaz na modalidade dolosa, consistindo o dolo genérico na vontade de não inserir em escrituração contábil ou em balanço, dado que sabe (dolo direto), ou mesmo que deveria saber (dolo eventual), ser o lançamento devido.

Na segunda hipótese, trata o legislador da falsificação material de escrituração contábil ou de balanço. Configura-se aludido delito se, havendo escrituração verdadeira ou balanço verídico, realiza-se a alteração, vale dizer, dados verdadeiros constantes naqueles “documentos” são materialmente substituídos por dados falsos.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa e a conduta pressupõe a existência de escrituração contábil e balanço verdadeiros que perdem sua veracidade e sua autenticidade, pela alteração fraudulenta de seus conteúdos. O elemento subjetivo consiste no dolo genérico, a vontade de falsificar documentação contábil verdadeira.

347. Inciso III – Destrói, apaga ou corrompe dados contábeis ou comerciais armazenados em computador ou sistema informatizado

Em nossos dias, praticamente inconcebível atividade comercial alheia a sistemas informatizados. O computador apresenta-se como ferramenta indispensável, e a confiabilidade de seus dados se impõe como necessária à regularidade das operações mercantis. Por essa razão, estabelece-se ao comerciante a obrigação de manter dados

relevantes à atividade da empresa, seja contábil, seja negocial, em seus registros e sistemas informatizados.

O crime em tela se consubstancia pela destruição dos dados informatizados cuja manutenção seria essencial para a continuidade das atividades da empresa e cuja inexistência ou não integridade dificulta ou impossibilita a sua recuperação, ou a melhor liquidação da massa falida, prejudicando, conseqüentemente, os credores.

Não é correta a interpretação de que cuidaria o presente dispositivo de incriminar a chamada “queima de arquivos”, ou seja, a destruição de elementos que pudessem facilitar a investigação das irregularidades da empresa. A uma, porque não se pode punir alguém pela não manutenção da integridade de algo cuja existência não se pode, nem se poderia, impor; a duas, pelo princípio fundamental de quem ninguém é obrigado a produzir prova contra si.

A multiplicidade de condutas adotadas pelo legislador se justifica apenas em razão das dificuldades terminológicas que a informática ainda causa nos meios sociais.

O dolo é a vontade livre e consciente de fazer desaparecer dos computadores da empresa ou dos sistemas informatizados as informações contábeis ou negociais essenciais as atividades da empresa.

348. Inciso IV – Simula a composição do capital social

Trata-se de reestruturação de tipo penal já existente na lei anterior que tipificava a simulação de capital para a obtenção de maior crédito. O novo dispositivo tem maior amplitude, incriminando não apenas a simulação para fim de crédito como também para qualquer outro fim.

A composição do capital social é uma das informações mais importantes que se pode obter acerca da vida de uma empresa. Ser essa informação fidedigna, verídica, transparente, é condição essencial para as relações mercantis. Daí a importância de se sancionar criminalmente a simulação de sua composição, seja no que concerne ao seu *quantum*, seja no que tange à sua distribuição e a sua integralização.

349. Inciso V – Destrói, oculta ou inutiliza, total ou parcialmente, os documentos de escrituração contábil obrigatórios

A integridade dos documentos de escrituração obrigatória é condição essencial à aferição da lisura das atividades empresárias.

O dispositivo penal incrimina condutas que, incidindo sobre os livros de escrituração e manutenção obrigatória, retiram-lhe, total ou parcialmente, as informações reveladas em seu conteúdo.

Com efeito, pretendeu o legislador proteger as informações contidas nos livros obrigatórios, enquanto fontes de prova de fatos empresariais que precisam ser fiscalizados e, eventualmente, investigados.

350. Contabilidade paralela

O § 2.º prevê nova hipótese de aumento de pena, agora em patamares mais elevados que no § 1.º. A imposição de majoração mais elevada significa a consideração de uma elevação ainda maior do grau de culpabilidade no caso da conduta que descreve.

Trata-se da incriminação do caixa dois. De fato, a manutenção de recursos estranhos não levados à contabilidade, bem assim a movimentação de valores ou recursos fora da escrituração exigida pelas normas legais, é conduta potencialmente lesiva aos interesses dos credores e da regularidade das relações mercantis.

A conduta concreta se subsumirá ao tipo legal de crime se recursos ou valores com expressão econômico-financeira determinada ou determinável, deveriam estar contabilizados nas escriturações da empresa, mas não o foram, tendo sido movimentados ou não.

Não é necessária que tenha havido uma contabilidade paralela, ainda que rudimentar. A expressão “paralelamente” usada pelo legislador, ainda que cause certa ambigüidade, significa simplesmente a ausência de registros na escrituração imposta pela Lei.

351. Concurso de pessoas

A norma penal que trata do concurso de pessoas, no que pese seu caráter simbólico, do ponto de vista da técnica legislativa é inócua.

Com efeito, sendo aplicáveis aos crimes previstos na Lei de Falências, as disposições da Parte Geral do Código Penal, notadamente arts. 29 a 31, aludido dispositivo é despiciendo.

De qualquer modo, cumpre salientar que os profissionais citados no dispositivo legal, bem assim, toda e qualquer pessoa, somente podem ser responsabilizados pela prática de infração penal se a conduta individualmente analisada tiver relevância causal para o resultado e estiver informada pelo elemento subjetivo indicado na descrição da conduta proibida.

352. Falência de microempresa ou de empresa de pequeno porte

Na lei anterior, o juiz podia deixar de aplicar a pena quando constatasse que o devedor tinha instrução insuficiente e que explorava comércio exíguo (art. 186, parágrafo único).

No novo diploma não há mais a possibilidade de isenção de pena, nem há qualquer consideração à eventual pouca instrução do devedor. As situações em que o sancionamento criminal pode ser mitigado apresentam critérios objetivos.

Em primeiro lugar, somente se permite uma menor reprovação criminal, nos casos das condutas típicas terem sido realizadas no âmbito de microempresa e de empresa de pequeno porte, definidas conforme legislação própria. Em segundo, o falido não pode ter praticado condutas fraudulentas habitualmente durante a vida da empresa, vale dizer, a prática de atos eivados de fraude não pode ter sido reiterada. Habitual é o que se repete com freqüência, o que se realiza de forma contumaz, repetidamente.

Presentes ambos os requisitos, o juiz terá que ou reduzir a pena de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), ou substituí-la por pena restritiva de direitos, por pena de perda de bens e valores ou pela de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas.

Não obstante a norma afirme que o juiz *poderá* reduzir ou substituir a pena, estando presentes os requisitos legais, na verdade, não haverá fundamento legal para a proibição. Como todas as decisões judiciais devem ser motivadas, motivações essas afirmadas em lei, não havendo autorização legal para a não substituição ou redução, o juiz *deverá* conceder ao condenado o *benefício*, ou melhor dizendo, o direito subjetivo público.

Violação de sigilo empresarial

Art. 169. Violar, explorar ou divulgar, sem justa causa, sigilo empresarial ou dados confidenciais sobre operações ou serviços, contribuindo para a condução do devedor a estado de inviabilidade econômica ou financeira:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

ANTÔNIO SÉRGIO A. DE MORAES PITOMBO

A introdução na nova Lei deste dispositivo, dentre os crimes perpetrados antes da decretação da falência, deve-se a uma reconhecida preocupação do mundo contemporâneo: os mercados se alimentam de informações e a tutela jurídica de tais informações se mostra relevante, com objetivo de garantir igualdade de condições aos participantes de determinada atividade econômica.

O embasamento para o estudo do bem jurídico constitucional, no caso, encontra-se no *caput* e incisos do art. 170, da Constituição Federal, bem como na análise do art. 5.º, X, da Lei Maior. Almeja-se resguardar fatos ou dados conhecidos por uma ou poucas pessoas que não devem ser revelados por interesse da empresa.⁶⁸⁰ Cuida-se neste artigo dos denominados ativos intangíveis.⁶⁸¹

Trata-se da preservação do devedor em recuperação judicial ou extrajudicial (art. 1.º da Lei 11.101/2005), com o fim de evitar que a violação, a exploração ou a divulgação,⁶⁸² sem justa causa, de sigilo empresarial ou dados confidenciais sobre operações ou serviços lhe conduzam à inviabilidade econômica ou financeira.

Ora, a lei quer oferecer meios para o devedor recuperar-se da dificuldade econômica, logo, não se poderia aceitar o comportamento de revelar segredos, o qual pudesse frustrar o “objetivo de viabilizar a superação da crise econômico-financeira do devedor”, expressão do art. 47, da Lei 11.101/2005.

Tais ações típicas se consumam com a condução do devedor à falência. Note-se que o agir criminoso deve contribuir para o insucesso da recuperação judicial ou extrajudicial, portanto, deve concorrer para o resultado da inviabilidade econômica ou financeira.⁶⁸³ A relação de causalidade deve ser examinada, sem a preocupação de considerar o fato como *conditio sine qua non*.

Admissível a tentativa, se executados atos típicos que não ocasionem a inviabilidade econômica ou financeira, por circunstâncias alheias à vontade de quem os praticou (art. 14, inc. II, do CP).

O juízo da tipicidade exige que se observe o elemento normativo *sem justa causa*. A hipótese de a conduta ocorrer em razão do resguardo de legítimo interesse pode signi-

⁶⁸⁰ Menciona-se ao dever de fidelidade e lealdade empresariais, na acepção de: PORTO, Luiz Guilherme Moreira; COSTA, Helena Regina Lobo da. Nova Lei de Falências II. p. 331.

⁶⁸¹ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Nova Lei de Recuperação e Falências. p. 370.

⁶⁸² Os núcleos *explorar* e *divulgar* foram acrescidos à descrição típica, prevista no Projeto de Lei da Câmara 71, pelo Substitutivo do falecido Senador Ramez Tebet.

⁶⁸³ Em sentido contrário, ver: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. As disposições penais na Lei de Recuperação de Empresas e Falência – Crimes em espécie e procedimento, p. 289.

ficar não considerá-la como típica. Pense-se, também, no dever de testemunhar, ou no consentimento quanto à revelação do conteúdo sigiloso.

Pune-se o empregado, o sócio, ou qualquer um⁶⁸⁴ que tenha tido o acesso a segredo ou a dados confidenciais do devedor, cuja conduta se adequa ao agir típico de violar, explorar ou divulgar o segredo a terceira pessoa não autorizada a conhecê-lo.

O crime se ostenta doloso, sendo necessário que o agente, ao menos, assuma o risco de contribuir para o fim da recuperação judicial ou extrajudicial (art. 18, inc. I, do CP).

Divulgação de informações falsas

Art. 170. Divulgar ou propalar, por qualquer meio, informação falsa sobre devedor em recuperação judicial, com o fim de levá-lo à falência ou de obter vantagem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

ANTÔNIO SÉRGIO A. DE MORAES PITOMBO

Outra vez, foca-se a tutela penal no campo do valor jurídico das informações. Ao se identificar o direito dos atuantes no mercado de conhecer as empresas, respectivos sócios e administradores, bem assim a forma como conduzida a atividade econômica, cria-se o dever de veracidade quanto a tais aspectos, dentre outros.

Em especial, no campo da recuperação judicial, a comunicação de falso conteúdo a um indeterminado número de pessoas⁶⁸⁵ pode acarretar a falência do devedor. Da mesma maneira, a propalação da informação falsa pode significar agravamento da situação econômica da empresa, dada a perda de confiança do mercado.⁶⁸⁶

Assim, o objeto jurídico se alicerça nos princípios da ordem econômica (art. 170 da CF), afinal, tanto a livre iniciativa, como a livre concorrência podem ser maculadas pela conduta ilícita, sem falar nas conseqüências no âmbito do direito de propriedade. O juízo da tipicidade requer o exame da relevância da informação, para se aquilatar a potencialidade lesiva do comportamento.

Os sujeitos ativos se mostram aqueles que realizam a divulgação, ou a propalação, da informação falsa. Podem ser concorrentes do devedor em fase de recuperação judicial, o que não exclui a possibilidade de outros poderem perpetrar essa conduta, desde que tenham dolo específico de levar a empresa à falência ou de obter vantagem. Nem sequer se elimina a hipótese de o crime ser praticado por pessoas ligadas ao próprio devedor, se eles puderem almejar vantagem, mediante a ação típica.⁶⁸⁷

Ressalta-se que o legislador não adjetivou a vantagem de indevida, assim a criação de boato destinado a auxiliar no eventual recebimento de crédito, ainda que crédito lícito, configura fato típico.

⁶⁸⁴ MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, p. 445.

⁶⁸⁵ Leiam-se os comentários ao art. 153, do CP de: COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Código Penal comentado*, p. 468-471.

⁶⁸⁶ Sobre o papel da confiança nos delitos econômicos, dentre outros: PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *Introducción al derecho penal económico*, p. 23.

⁶⁸⁷ MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, p. 447.

Note-se que a infração penal se consuma mesmo que não venha a se dar a quebra, ou a se obter vantagem.⁶⁸⁸ Apresenta-se como crime formal, portanto.

Tipo doloso no qual se dever ter por inequívoca a ciência do agente quanto a ser a informação falsa.⁶⁸⁹

Este tipo delitivo não se confunde com os tipos do art. 195 da Lei 9.279/1996, atinentes à concorrência desleal, porque tem a especialidade de preservar o devedor na recuperação judicial e de indicar elemento subjetivo do tipo voltado à ocorrência da falência.

Indução a erro

Art. 171. Sonegar ou omitir informações ou prestar informações falsas no processo de falência, de recuperação judicial ou de recuperação extrajudicial, com o fim de induzir a erro o juiz, o Ministério Público, os credores, a assembléia-geral de credores, o Comitê ou o administrador judicial:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

GUILHERME ALFREDO DE MORAES NOSTRE

A eficácia da Lei 11.101/2005, com seu espírito voltado à preservação da atividade empresarial, e mesmo nos casos de quebra, à proteção mais adequada dos interesses dos credores, tem como *conditio sine qua non* as informações prestadas no processo falimentar, bem assim na recuperação judicial ou extrajudicial, sejam verdadeiras, confiáveis e suficientes ao conhecimento, por todos os envolvidos, da real situação do devedor.

A norma penal descreve três condutas: sonegar informações, omitir informações e prestar informações falsas.

Nos dois primeiros casos, a conduta é omissiva: na sonegação o agente deixa de prestar a informação, fazendo crer que ela não existe ou que dela não tem conhecimento; na omissão o agente simplesmente deixa de prestar. Em ambas as hipóteses a conduta omissiva somente será relevante se o agente tinha o dever jurídico de prestar a informação ou de trazê-las ao conhecimento das pessoas envolvidas no processo falimentar.

Nesses crimes, o sujeito ativo é qualquer pessoa que tenha o dever jurídico de prestar a informação, não necessariamente apenas o devedor.

Na prestação de informação falsa, a conduta é comissiva, consistente na prestação de informação que se tem conhecimento de não corresponder à verdade. Se o agente acredita na veracidade da informação que, posteriormente, apresenta-se como inverídica, não se configura o delito, pois a informação não era falsa na consciência do agente que a prestou, estando em erro.

O sujeito ativo, nessa hipótese, pode ser qualquer pessoa que atue no processo falimentar, ou na recuperação judicial ou extrajudicial.

⁶⁸⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. As disposições penais na Lei de Recuperação de Empresas e Falência – Crimes em espécie e procedimento, p. 289.

⁶⁸⁹ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova Lei de Recuperação e Falências*, p. 371.

Importante, salientar que a sonegação ou omissão das informações, como também as informações falsas devem ser aptas a induzir em erro o juiz, o Ministério Público, os credores, o Comitê ou o administrador judicial. Além disso, devem versar sobre fato relevante aos interesses envolvidos no processo. Vale dizer, as informações devem ser factíveis e relevantes. Com efeito, se mesmo sonegadas ou omitidas as informações já eram do conhecimento de todos, ou podiam ser obtidas por outros meios ordinários não há que se falar em crime. No mesmo sentido, se as informações ainda que tendo sido idôneas ao induzimento em erro, não eram capazes de causar prejuízo.

Mais uma vez, o legislador utiliza expressão no plural: “informações”, impondo que sejam sonegadas, omitidas ou falsificadas pelo menos duas ou mais informações. A interpretação estrita da norma penal, exigência do princípio da legalidade, levará a situações inusitadas, em que sendo comprovado, por exemplo, que foi falsificada uma única informação, ainda de extrema relevância e gravidade, não estará configurado o delito.

Os elementos subjetivos presentes na conduta tipificada são dolo genérico, consubstanciado na vontade livre e consciente de sonegar, de omitir ou de falsificar informações relevantes, e o dolo específico voltado ao fim de induzir em erro as pessoas mencionadas na norma penal, e somente elas.

Se a finalidade da conduta não era o induzimento em erro relacionado aos interesses envolvidos no processo falimentar, mas outro de qualquer natureza, como, por exemplo, evitar fazer prova criminal contra si, evitar desmoralização pública etc., não se configurará o delito.

Favorecimento de credores

Art. 172. Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar plano de recuperação extrajudicial, ato de disposição ou oneração patrimonial ou gerador de obrigação, destinado a favorecer um ou mais credores em prejuízo dos demais:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre o credor que, em conluio, possa beneficiar-se de ato previsto no *caput* deste artigo.

GUILHERME ALFREDO DE MORAES NOSTRE

Iniciada a crise econômico-financeira da empresa, considera-se lesivo o favorecimento de um ou mais credores em detrimento dos demais. Se os ativos da empresa dificilmente serão suficiente para garantir o pagamento de todos os débitos, o privilégio de um ou mais credores torna a situação ainda mais gravosa, aumentando o risco de prejuízo dos demais credores.

O dispositivo tipifica criminalmente três condutas: praticar ato de disposição patrimonial, praticar ato que onere o patrimônio ou gerar obrigação, todas voltadas ao favorecimento de determinados credores em prejuízo dos demais.

Ato de disposição patrimonial compreende qualquer ato de transferência de bem da propriedade ou da titularidade do devedor para a propriedade ou titularidade do credor.

Oneração do patrimônio implica na aposição de ônus sobre um ou mais bens em favor de credores determinados, que passam a ter vantagens na eventual excussão desses bens.

Gerar obrigação se refere à outorga de direitos subjetivos a credores que passarão a ter o direito de exigir determinada prestação (de dar, fazer ou não fazer) do devedor.

As condutas poderão ser praticadas antes ou depois da sentença que decretar a falência, ou da que conceder recuperação judicial ou, ainda, da que homologar recuperação extrajudicial.

Observe-se que a disposição de bens, a oneração patrimonial e a geração de obrigação não são incriminadas de *per si*, mas apenas quando realizadas com o fim de favorecer o credor que adquire o bem, que passa a ter um ônus sobre o patrimônio, ou que adquire o direito de exigir determinada prestação do devedor, “em prejuízo dos demais credores”.

Se as condutas forem praticadas com propósito empresarial, evidentemente, não haverá crime. Assim, se o devedor hipotecar bem em favor de instituição financeira para obter redução da taxa de juros incidente sobre suas dívidas financeiras, ainda que tenha criado ônus que favorece um credor, não se configura o delito.

O sujeito ativo será tanto a pessoa física que no âmbito da empresa devedora toma a decisão de favorecer alguns credores, quanto os credores que, tendo conhecimento que o ato jurídico era potencialmente lesivo a outros credores, mesmo assim, realiza o negócio.

O elemento subjetivo é integrado pelo dolo genérico, consistente na vontade de praticar os atos jurídicos descritos no tipo, e pelo dolo específico, consubstanciado no especial fim que informa a conduta: favorecer alguns credores, prejudicando os demais.

É indiferente à lei penal que o credor *favorecido* consiga concretizar a posição mais favorável gerada pelas condutas típicas, ou mesmo que os demais credores venham a experimentar prejuízo ou o agravamento de suas perdas.

Desvio, ocultação ou apropriação de bens

Art. 173. Apropriar-se, desviar ou ocultar bens pertencentes ao devedor sob recuperação judicial ou à massa falida, inclusive por meio da aquisição por interposta pessoa:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

GUILHERME ALFREDO DE MORAES NOSTRE

Após a decretação da falência ou a concessão de recuperação judicial, é especialmente importante para a preservação dos interesses dos credores a manutenção da integridade do patrimônio do devedor ou da massa falida, bem como o pleno conhecimento de todos os bens que a integram.

O tipo legal de crime em exame tipifica três condutas que, afetando a esfera patrimonial dos devedores ou a massa falida, vulnerabilizam os interesses envolvidos na falência e na recuperação das empresas: a apropriação, o desvio e a ocultação de bens do devedor.

Na apropriação, o agente inverte a posse de bens pertencentes ao devedor ou integrantes da massa, agregando à sua esfera patrimonial aquilo que, na verdade, não lhe pertence.

No desvio, havendo bens que deveriam ingressar ou permanecer do patrimônio do devedor ou na massa falida, atua o agente deslocando-os para sua esfera patrimonial ou para a de terceiro.

Na ocultação, o agente dissimula a existência dos bens para que não constem no processo falimentar ou na recuperação de empresas.

O sujeito passivo é impróprio, o crime pode ser cometido por qualquer pessoa física, inclusive por sócio da empresa devedora, pelo síndico da massa falida etc.

O tipo faz menção, ainda, à possibilidade da conduta ser perpetrada por meio de aquisição por interposta pessoa. Trata-se da conduta em que se transfere simuladamente a propriedade de bens da empresa devedora para o nome de pessoas que se oferecem apenas para figurar como titulares aparentes de direitos, fraudando a lei: os denominados *laranjas*. A hipótese em tela causa perplexidade. A aquisição por interposta pessoa seria, evidentemente, um ato fraudulento que resultaria ou poderia resultar prejuízo aos credores, configurando o delito do art. 168, cuja pena é superior à prevista no presente tipo. Logo, não obstante a gravidade da conduta examinada, em que a fraude é requintada e bem esquematizada, a reprimenda é inferior àquela fixada para outras hipóteses genéricas de fraude.

O elemento subjetivo é o dolo genérico, consistente na vontade de se apropriar de bens pertencentes ao devedor ou integrantes da massa, desviá-los ou ocultá-los, consciente da situação em que se encontram.

Na aquisição por interposta pessoa, esse terceiro será co-autor na medida em que tenha vontade de adquirir bens pertencentes ao devedor, consciente de que com a prática desse ato está contribuindo para que outrem se aproprie, desvie ou oculte bens. Ressalte-se que se os bens adquiridos, ilicitamente, pertencerem à massa falida, o adquirente não será co-autor desse delito, mas autor do crime previsto no art. 174.

Mais uma vez, o legislador cria situação esdrúxula pelo uso inadequado da linguagem jurídica. Note-se que a conduta somente será típica se a apropriação, o desvio ou a ocultação atingirem dois ou mais bens. Se, por exemplo, apenas um bem for ocultado, a conduta não poderá ser tipificada no presente dispositivo legal. E, seria absurdo tipificá-la no art. 168, pois, nesse caso, se a ocultação fosse de um único bem, a pena seria maior do que se incidisse sobre dois ou até muitos bens.

Aquisição, recebimento ou uso ilegal de bens

Art. 174. Adquirir, receber, usar, ilicitamente, bem que sabe pertencer à massa falida ou influir para que terceiro, de boa-fé, o adquira, receba ou use:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

ANTÔNIO SÉRGIO A. DE MORAES PITOMBO

O tipo penal, ora em comento, veio a ser introduzido por meio da subemenda à emenda global do substitutivo ao Projeto de Lei 4.376, nos trabalhos realizados pela Associação dos Advogados de São Paulo, a pedido do Deputado Osvaldo Biolchi, no ano de 1997. Neste lanço, a similaridade com receptação (art. 180 do CP) deixa manifesta a intenção dos autores do projeto de construir os tipos delitivos da nova lei, a partir de figuras típicas conhecidas pelos operadores do direito.

Quis-se proteger a massa falida, como forma de se respeitarem os fins aos quais se destina a falência: “*preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive, os intangíveis da empresa*” (art. 75 da Lei 11.101/2005).

Tem-se aqui crime posterior à decretação da quebra, cuja objetividade jurídica se prende ao resguardo da administração da Justiça. Tutela-se o devido processo judicial da falência (art. 5.º, inc. LIV, da CF), assim como se conserva o direito de propriedade (art. 5.º, XI, c.c. art. 170, inc. II, ambos da CF).

O objeto material desta infração penal só pode ser bem pertencente à massa falida,⁶⁹⁰ desse modo, depende o juízo da tipicidade da análise dos arts. 22, 108, 109 e 110 da Lei 11.101/2005. Tanto as coisas móveis, como as imóveis têm a possibilidade de serem atingidas pela conduta típica.

A aquisição pode se exibir onerosa ou gratuita, bem assim o recebimento pode ocorrer a qualquer título. O uso indevido do bem tinha de ser criminalizado,⁶⁹¹ pois, tratava-se de prática ilícita corrente como observa Arthur Migliari Júnior: “A experiência nos mostrou que inúmeros bens das massas falidas, notadamente imóveis e veículos, eram utilizados por terceiras pessoas ou até mesmo pelos próprios falidos ou pessoas vinculadas aos administradores da massa, ou até mesmo por terceiros que viam os imóveis lacrados e resolviam, *motu proprio* passar a utilizar os bens, sem quaisquer contraprestações à massa falida, em prejuízo dos credores”.⁶⁹²

O juízo da antijuridicidade, inserto na análise da tipicidade,⁶⁹³ depende da verificação das previsões legais quanto à disposição de bens da massa, afirmação esta que veio a ser reforçada pelo legislador ao empregar o advérbio *ilicitamente*.

Admite-se a figura tentada apenas no atinente à primeira parte do tipo, na medida em que a ação típica de influenciar não se amolda à hipótese do art. 14, inc. II, do CP.

Tipo comissivo que produz resultado na modalidade própria, via de consequência, mostra-se crime material. Todavia, surge como crime formal no tocante à influência sobre o terceiro de boa-fé, reconhecida como modalidade imprópria.

Qualquer um pode ser autor ou partícipe deste crime, desde que adquira, receba ou use, illicitamente, bem pertencente à massa. Ainda, pode caracterizar-se agente aquele que influi para aquisição, recebimento ou uso ilegal do referido bem por terceiro, de boa fé.

A configuração da conduta típica de influenciar o terceiro de boa-fé depende da efetiva aquisição, recebimento ou uso do bem pelo último, sob pena de frustrar-se a regra da *ofensividade*.⁶⁹⁴

Nas modalidades, própria e imprópria, constitui crime doloso,⁶⁹⁵ exigindo-se o conhecimento de que o bem pertence à massa falida, para a adequação do tipo subjetivo.

Aludida ciência da origem do bem precisa ser antecedente ou contemporânea à ação. Parece imputável apenas o dolo direto.

⁶⁹⁰ Assim, entendida: “...*massa falida*, a qual em sentido amplo e geral, significa o conjunto, o *totum* jurídico do *ativo* e *passivo* do devedor, sujeito da execução coletiva” (CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier de. *Tratado de direito comercial brasileiro*, v. 7, Livro V, parte I, p. 135).

⁶⁹¹ Em sentido contrário: PORTO, Luiz Guilherme Moreira; COSTA, Helena Regina Lobo da. *Nova Lei de Falências II*. p. 333.

⁶⁹² MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, p. 447.

⁶⁹³ REALE JUNIOR, Miguel. *Teoria do delito*, p. 52.

⁶⁹⁴ Para alguns, princípio da *ofensividade*, como: PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 48-49.

⁶⁹⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *As disposições penais na Lei de Recuperação de Empresas e Falência – Crimes em espécie e procedimento*. p. 291.

A pesquisa quanto à boa-fé do terceiro depende da análise do quadro fático, valendo a experiência jurídica no campo da receptação culposa,⁶⁹⁶ para auxílio quanto aos parâmetros do negócio jurídico levado a questionamento.

Habilitação ilegal de crédito

Art. 175. Apresentar, em falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial, relação de créditos, habilitação de créditos ou reclamação falsas, ou juntar a elas título falso ou simulado:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

GUILHERME ALFREDO DE MORAES NOSTRE

Mais uma vez se preocupa o legislador em incriminar especialmente algumas condutas fraudulentas que, incidindo em momentos de grande fragilidade da vida econômico-financeira do devedor, podem acarretar sérios prejuízos aos interesses sociais envolvidos na atividade empresarial.

O crime tipificado no presente dispositivo, mais do que simples habilitação ilegal de crédito, é a criação artificiosa de débitos, comprometendo, ainda mais, a situação de desequilíbrio entre os ativos e o passivo do devedor, tornando maiores os riscos dos credores satisfazerem seus interesses, ou agravando seus prejuízos.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, desde o próprio devedor, até algum credor que tenha outro crédito verídico, passando por todos aqueles que de alguma forma possam levar aos autos da falência ou ao plano de recuperação de empresa, judicial ou extrajudicial, os documentos mencionados pelo dispositivo legal.

A norma tipifica a conduta de *apresentar* um dos seguintes documentos eivados de falsidade ideológica ou material: relação de créditos, habilitação de créditos ou reclamação. Além disso, cometerá o crime quem *juntar* a esses documentos título falso ou simulado.

Apresentar significa dar conhecimento da presença, pôr na presença, expor à vista, fazer constar. *Relação de créditos* é o rol de créditos que se conhece. *Habilitação de créditos* é documento em que, comprovando créditos, requer-se a habilitação para recebê-los. *Reclamação* é qualquer pedido, reclamo, para receber pagamento ou vantagem pretensamente devida.

A apresentação, em regra, se fará por petição, mas nada impede que se faça oralmente, situação na qual deverá ser reduzida em documento que passará a constar dos autos.

Juntar a elas título falso ou simulado, por sua vez, significa anexar aos documentos mencionados no tipo, título que consubstancie o crédito, material ou ideologicamente, falso ou simulado.

Título materialmente falso é aquele que sofreu indevida alteração na sua forma exterior ou seja, a cártula não é autêntica, foi fisicamente corrompido. Já o título ideologicamente falso é materialmente genuíno, vale dizer, sua cártula não sofreu qualquer interferência e se apresenta autêntica, mas seu conteúdo intelectual, os elementos nele lançados pelo emissor (verdadeiro) não correspondem à realidade.

⁶⁹⁶ No mesmo sentido: MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, p. 455.

O título simulado não deixa de ser ideologicamente falso. Mas a falsidade ideológica na simulação é bilateral. O título é verdadeiro materialmente, credor e devedor reconhecem os elementos intelectuais nele lançados, mas o fazem porque estão forjando a existência daquela relação jurídica que, em última análise, é falsa.

O elemento subjetivo é o dolo genérico: a vontade livre e consciente de apresentar na falência, na recuperação judicial ou na recuperação extrajudicial, documento de indicação, habilitação ou reclamação de crédito falso, bem assim, juntar a esses documentos título de crédito falso ou simulado.

Não é necessário que com, a apresentação ou a ajuntada o agente tenha a finalidade de obter qualquer vantagem para si ou para outrem. Não se requer dolo específico para a configuração do delito.

Exercício ilegal de atividade

Art. 176. Exercer atividade para a qual foi inabilitado ou incapacitado por decisão judicial, nos termos desta Lei:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

ANTÔNIO SÉRGIO A. DE MORAES PITOMBO

Protege-se a administração da Justiça, ao se incriminar quem descumprir decisão judicial de inabilitação ou incapacitação (art. 5.º, XXXV, da CF). Há interesse público de que tais decisões tenham eficácia (art. 93, inc. IX, da CF). Não se exige, *in casu*, o trânsito em julgado da decisão.

Tão só, aplica-se a infração penal a quem tenha sido imposta a inabilitação (art. 181, inc. I, da Lei 11.101/2005). Inexiste previsão legal de incapacitação na lei *sub examine*, não se admitindo a analogia para outros efeitos da sentença penal condenatória, em matéria de crime falimentar.

Há quem afirme típica a desobediência ao efeito da decisão de quebra que determina inabilitação do falido para atividade empresarial (art. 102 da Lei 11.101/2005). Embora, *a priori*, a descrição típica venha a se adequar ao caso, dificuldades hão de emergir quando do juízo da tipicidade penal. Dentre outros motivos, porque não se prescindirá do estudo de quem é *falido*, em razão de cuidar-se de crime próprio.

Conforme o art. 1.º, como *falido* será tratado o empresário individual, entretanto, podem ser, desse modo, considerados os sócios de empresa de responsabilidade ilimitada (art. 81 da Lei 11.101/2005) e os sócios de sociedade de responsabilidade limitada que ainda sejam administradores desta (art. 81, § 2.º, da Lei 11.101/2005).⁶⁹⁷

Outro ponto que chama a atenção surge a questão da inexistência de prazo para a inabilitação,⁶⁹⁸ prevista no art. 102 da Lei 11.101/2005, o que pode significar o surgimento de dúvida até mesmo quanto à constitucionalidade do dispositivo, ou no mínimo o exame da razoabilidade caso a caso. Nesse sentido, a configuração típica depende, também, do reconhecimento, ou não, das excludentes de ilicitude (art. 23 do CP).

⁶⁹⁷ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova Lei de Recuperação e Falências*. p. 260.

⁶⁹⁸ MANDEL, Julio Kahan. *Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas anotada*, p. 203.

É preciso ter em mente que o presente dispositivo não se amolda à hipótese de o juiz penal substituir a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito, em especial, pela interdição temporária de direito, do art. 47, inc. II, do CP. Afinal, o descumprimento injustificado da restrição imposta já implica a conversão em privativa de liberdade (art. 44, § 4.º, do CP c.c. art. 181, § 3.º, da LEP).

Ressalta-se que a ação típica se apresenta *exercer atividade*, portanto, o ato isolado não configura o crime, dependendo do desempenho de atos concatenados no tempo e no espaço (art. 966 do CC), objeto de inabilitação judicial. Dessa maneira, a consumação se dá com o efetivo exercício da atividade.

Pode-se acatar a tipicidade da tentativa (art. 14, inc. II, do CP), se interrompido o exercício antes de caracterizada, no tempo, a atividade.

O elemento cognitivo constitui aspecto fundamental para a análise do tipo subjetivo. O autor tem de possuir a consciência da determinação judicial da inabilitação, para cometer a infração penal, dado o caráter doloso do crime.

Assim, torna-se possível prever que, para os que aceitam a tipicidade da infração penal quanto à inabilitação como efeito da decisão de quebra (art. 102 da Lei 11.101/2005), surgirão hesitações na prática, inclusive em razão da eventual ocorrência de erro sobre a ilicitude do fato (art. 21 do CP).

De qualquer forma, não parece prudente desprezar o tempo de inabilitação, incorrido desde a sentença decretatória da falência (art. 102 da Lei 11.101/2005), sem descontá-lo do período de até cinco anos após a extinção da punibilidade, a ser imposto pelo juiz como prazo para inabilitação para o exercício de atividade empresarial (art. 181, inc. I e § 1.º, da Lei 11.101/2005).

Solução diversa pode acarretar exacerbação no tempo da inabilitação, com evidente violação à dignidade do falido (art. 1.º, inc. III, c.c. art. 6.º, ambos da CF). Sem dizer que tal desconsideração poderia induzir à ocorrência de *bis in idem*.

Violação de impedimento

Art. 177. Adquirir o juiz, o representante do Ministério Público, o administrador judicial, o gestor judicial, o perito, o avaliador, o escrivão, o oficial de justiça ou o leiloeiro, por si ou por interposta pessoa, bens de massa falida ou de devedor em recuperação judicial, ou, em relação a estes, entrar em alguma especulação de lucro, quando tenham atuado nos respectivos processos:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

GUILHERME ALFREDO DE MORAES NOSTRE

Com o presente dispositivo se almeja garantir um distanciamento patrimonial e negocial entre o devedor ou a massa falida e os principais atores imparciais do processo falimentar ou de recuperação judicial de empresa. Somente com esse impedimento pode-se resguardar a imparcialidade dos sujeitos e a credibilidade do processo.

Os sujeitos que devem manter distanciamento são: qualquer juiz, o representante do Ministério Público, o gestor judicial, o perito designado, o avaliador, o escrivão, o

oficial de justiça e o leiloeiro que tenham, de qualquer modo, a qualquer tempo, atuado na falência ou na recuperação judicial da empresa.

O dispositivo legal tipifica criminalmente duas condutas: *adquirir* bens da massa falida ou de devedor em recuperação judicial; “entrar em alguma especulação de lucro”.

Adquirir significa obter a propriedade ou a titularidade do bem. Pouco importa o valor ou a forma da aquisição. Pode ter sido por valor muito superior ao de mercado. O que configura o delito não é o prejuízo aos credores ou o enriquecimento ilícito do agente, mas a simples realização do negócio jurídico com sujeito com qual ele não podia se relacionar. Trata-se de crime de perigo abstrato.

O crime estará configurado mesmo que a aquisição seja feita por interposta pessoa.

Já a conduta “em relação a estes, entrar em alguma especulação de lucro”, parece se referir à possibilidade de obtenção de ganho indevido de alguma forma decorrente da situação dos bens do devedor ou da massa. Entretanto, a conduta descrita é tão vaga e imprecisa que não preenche os requisitos mínimos de segurança, clareza e certeza implícitos no princípio da legalidade.

Não há crime sem conduta previamente descrita, mas não qualquer descrição, a conduta descrita deve ser clara, precisa, certa, inteligível com segurança. Não se pode, sobretudo em direito penal, salvar a norma a qualquer custo, com interpretações em desacordo com a técnica jurídica e os princípios da linguagem normativa. Esse tipo de interpretação é inapropriada, *salvacionista*, compromete a liberdade individual, viola o princípio da legalidade e envergonha os verdadeiros operadores da moderna dogmática penal.

Omissão dos documentos contábeis obrigatórios

Art. 178. Deixar de elaborar, escriturar ou autenticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar o plano de recuperação extrajudicial, os documentos de escrituração contábil obrigatórios:

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

ANTÔNIO SÉRGIO A. DE MORAES PITOMBO

Nos trabalhos da Associação dos Advogados de São Paulo, nos idos de 1997, optou-se por excluir essa figura típica da subemenda à emenda global do substitutivo ao Projeto de Lei 4.376. Havia a consciência de que o automatismo na aplicação da sanção penal, ao tempo da vigência do art. 186, inc. VI, do Dec.-lei 7.661/1945,⁶⁹⁹ fazia prudente abandonar esta infração criminal, como tipo autônomo.

A omissão seria relevante como meio para cometimento de fraude (art. 206, inc. II, da Subemenda), ou poderia ser tipificada na conduta da indução a erro (art. 210, da Subemenda). Na Lei 11.101/2005, ambas as previsões permaneceram, respectivamente: no art. 168, § 1.º, inc. II, agora, como causa de aumento de pena; e no art. 171, com redação mais ampla.

⁶⁹⁹ Confirmam-se os arestos coletados por: BETANHO, Luiz Carlos. Crimes Falimentares. v. 2, p.1.126-1.227.

Entretanto, como antes já se havia o denominado, o velho fantasma ressurgiu no art. 178 da Lei em vigor.⁷⁰⁰ As críticas não se mostraram poucas a esse crime, pois, exsurge como crime de perigo presumido, o que não se coaduna com os ditames do direito penal contemporâneo, como bem observam Luiz Guilherme Moreira Porto e Helena Regina Lobo da Costa.⁷⁰¹

Com razão, Renato de Mello Jorge Silveira anota sobre o crime em comentário: “Trata-se de uma antecipação da tutela penal, comum nas relações penais econômicas, mas, bastante reprovada pela dogmática liberal, a qual, não raro, a entende por inconstitucional por não configurar a devida lesividade ao bem jurídico”.⁷⁰²

A única maneira de considerar-se a conduta – se típica, dada a exclusão das hipóteses de fraude (art. 168 da Lei 11.101/2005) e de indução a erro (art. 171 da Lei 11.101/2005) – seria exigir-se o prejuízo ou perigo de dano a credores ou à massa.⁷⁰³ Tem de existir algum nexo entre a conduta de omitir documentos contábeis e o fato atinente à falência, sob pena de infringir-se o *nullum crimen nulla poena sine culpa*.

Ademais, não há o menor cabimento, no campo do tipo subjetivo, deixar-se de perquirir a efetiva ciência dos sócios e dos administradores, quanto à eventual lacuna nos documentos da escrituração. Nem se pode admitir a imputação em face somente destes, desconsiderando-se outras pessoas que se omitiram, porque inválida deve-se considerar a ação penal pública incondicionada, em virtude da violação à regra da indivisibilidade. Assim, quando há co-autoria ou participação (art. 29 do CP),⁷⁰⁴ também neste crime, devem todos constar da denúncia (art. 41 do CPP).

O elemento normativo *documentos de escrituração contábil* identifica-se com o significado nos arts. 1.179 e 1.195, do CC.⁷⁰⁵ O juízo da ilicitude, assim, se completa com a análise acurada das disposições de direito privado. Desse modo, a determinação ao profissional habilitado de fazer a escrituração (art. 1.182 do CC) tem importância para a tipicidade.

A natureza omissiva desta infração penal afasta a tipicidade da tentativa. No entanto, consuma-se o crime ao se deixar de elaborar, escriturar ou autenticar documento essencial à escrituração contábil, se presente o injusto.

⁷⁰⁰ PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. Contribuição ao estudo dos crimes falimentares. p. 607.

⁷⁰¹ PORTO, Luiz Guilherme Moreira; COSTA, Helena Regina Lobo da. Nova Lei de Falências II. p. 334.

⁷⁰² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. As disposições penais na Lei de Recuperação de Empresas e Falência – Crimes em espécie e procedimento. p. 293.

⁷⁰³ PORTO, Luiz Guilherme Moreira; COSTA, Helena Regina Lobo da. Nova Lei de Falências II. p. 334.

⁷⁰⁴ MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência, p. 461.

⁷⁰⁵ Idem, p. 460.

Seção II

Disposições comuns

Art. 179. Na falência, na recuperação judicial e na recuperação extrajudicial de sociedades, os seus sócios, diretores, gerentes, administradores e conselheiros, de fato ou de direito, bem como o administrador judicial, equiparam-se ao devedor ou falido para todos os efeitos penais decorrentes desta Lei, na medida de sua culpabilidade.

GUILHERME ALFREDO DE MORAES NOSTRE

O legislador penal utiliza-se de recurso de linguagem normativa de eficácia duvidosa. Aplica no presente dispositivo técnica de ficção jurídica, pela qual busca equiparar, para efeitos penais, sujeitos que ocupam posições jurídicas distintas e possuem, também, naturezas diversas.

Afirma o dispositivo que, no âmbito da nova Lei, sócios, diretores, gerentes, administradores e conselheiros, de fato ou de direito, bem como o administrador judicial, equiparam-se, para todos os efeitos penais, ao devedor.

Cumpra, nesse passo, esclarecer quem é o devedor, as razões da equiparação, as possibilidades de equiparação e quais são “todos os efeitos penais”.

Devedor, nos termos da Lei (art. 1.º) é o empresário individual ou a sociedade empresária, excluindo-se do conceito empresas públicas, instituições financeiras, cooperativas de crédito, consórcios, entidades de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedades de capitalização e outras a essas legalmente equiparadas (art. 2.º).

A equiparação se dá para que o termo *devedor*, utilizado nos tipos legais de crimes, possa ser interpretado como sendo qualquer pessoa que, no âmbito da sociedade empresária, tem poder ou atribuição para praticar as condutas descritas como realizadas pela sociedade.

Com efeito, as pessoas jurídicas não podem ser responsabilizadas pelos crimes previstos na presente lei. Logo, quando os tipos se referem ao devedor, estão se referindo aos sócios, diretores, gerentes, administradores e conselheiros, de fato ou de direito.

Não há, portanto, equiparação objetiva. Há mera equiparação para fim de linguagem jurídica, para permitir interpretação *aparentemente* ampliativa do tipo penal, sem ferir o princípio da legalidade.

Não há qualquer possibilidade de interpretação do presente dispositivo para considerar todos os sujeitos mencionados como responsáveis conjuntamente para todos os efeitos penais. Aliás, a norma autoriza a equiparação apenas hipoteticamente. Jamais há que se pensar que o tipo cria alguma espécie de responsabilidade solidária em matéria criminal.

Na verdade, como na maior parte das vezes, as condutas penalmente relevantes se perfazem no âmbito de pessoa jurídica, é evidente que os crimes podem ser praticados

por quaisquer pessoas que, na estrutura de direito ou de fato da pessoa jurídica, tenham o poder ou a atribuição para a realização das ações proibidas.

E, aliás, somente aquelas que participaram da tomada de decisão relacionada à prática da conduta ou da sua execução: “na medida de sua culpabilidade”.

Por fim, sobre a expressão “para todos os efeitos penais decorrentes desta Lei” a que se refere o dispositivo em exame, pode-se afirmar que são de duas naturezas: efeitos relacionados à responsabilidade criminal, conforme acima mencionado, e efeitos relacionados à condenação, elencados no art. 181.

Art. 180. A sentença que decreta a falência, concede a recuperação judicial ou concede a recuperação extrajudicial de que trata o art. 163 desta Lei é condição objetiva de punibilidade das infrações penais descritas nesta Lei.

GUILHERME ALFREDO DE MORAES NOSTRE

A nova Lei pretendeu, no presente dispositivo, encerrar antiga polêmica acerca da natureza jurídica da sentença que decreta falência em face dos crimes falimentares. Para tanto, afirmou, categoricamente, que a natureza jurídica tanto da sentença de quebra quanto da que concede a recuperação judicial e da que homologa a recuperação extrajudicial, é de condição objetiva de punibilidade.

Juarez Tavares define as condições objetivas de punibilidade como pressupostos materiais da punibilidade, que se encontram fora do tipo de injusto e da culpabilidade, mas que apresentam relação direta com o fato.⁷⁰⁶

Considerar aludidas sentenças condições objetivas de punibilidade significa afirmar que são elementos exteriores à conduta proibida, sendo impostas pelo legislador como circunstâncias que fazem exsurgir, no caso em concreto, o interesse e a possibilidade do Estado punir o agente.

As circunstâncias objetivas de punibilidade, na lição de Heleno Cláudio Fragoso, são elementos suplementares do tipo, mas não se incluem no mesmo, caracterizando-se precisamente pela circunstância de serem exteriores. São as circunstâncias de que depende a punibilidade.⁷⁰⁷

Assim, em tese, a conduta típica pode se configurar independentemente da condição objetiva de punibilidade, mas o *jus puniendi* só é afirmado pelo Estado, quando essa circunstância se verifica.

Por exemplo, em um crime pré-falimentar, uma fraude perpetrada contra credores, não advindo a decretação da falência, não há interesse na punição do fraudador, posto que, em tese, dando continuidade a atividade empresarial, os credores conseguiriam resguardar seus interesses.

Se não há punibilidade antes da ocorrência da condição não pode se iniciar a ação penal. Por este motivo, muitas vezes são confundidas com as condições de prossequibilidade, consubstanciadas em pressupostos que impedem a constituição válida da relação processual. Entretanto, no primeiro caso, ausentes as condições objetivas de punibili-

⁷⁰⁶ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p. 245.

⁷⁰⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Pressupostos do crime e condições objetivas de punibilidade, p. 175.

dade e, eventualmente, ofertada denúncia, essa deve ser rejeitada por não haver crime, enquanto que, se isso ocorrer na ausência de condição de procedibilidade, a rejeição será por não haver condições para a ação penal.

De qualquer forma, não obstante louvável a intenção do legislador de definir questão tormentosa, não parece tecnicamente correta a declaração de que, em todos os crimes previstos nesta lei, a sentença será condição objetiva de punibilidade.

Em verdade, “condição somente pode ser um acontecimento futuro ou concomitante e incerto, pois de outra forma não teria sentido sua disciplina jurídica”.⁷⁰⁸ Logo, nos crimes posteriores à sentença que decreta a falência, concede a recuperação judicial ou homologa a recuperação extrajudicial, essas decisões judiciais são elementos do tipo e não condição objetiva de punibilidade.

A consequência da constatação de que aludidas sentenças, em face dos crimes pós-falimentares previstos nesta Lei, são elementos do tipo, é que, como elementares, precisam ser abrangidas pelo dolo do agente, ou seja, o agente se conduz com a consciência de sua existência. Se, por exemplo, o agente desconhecia a falência quando praticou a conduta típica, crime pós-falimentar não pode haver.

Art. 181. São efeitos da condenação por crime previsto nesta Lei:

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 a esta Lei;

III – a impossibilidade de gerir empresa por mandato ou por gestão de negócio.

§ 1º Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença, e perdurarão até 5 (cinco) anos após a extinção da punibilidade, podendo, contudo, cessar antes pela reabilitação penal.

§ 2º Transitada em julgado a sentença penal condenatória, será notificado o Registro Público de Empresas para que tome as medidas necessárias para impedir novo registro em nome dos inabilitados.

GUILHERME ALFREDO DE MORAES NOSTRE

Os efeitos da condenação são consequências jurídicas de natureza penal e extrapenal, produzidas de forma secundária pela sentença penal condenatória. São secundárias porque a consequência primária da sentença é, obviamente, a imposição de pena ou medida de segurança. Além da pena, o legislador estipula quais os efeitos que a condenação pode também produzir.

Os efeitos estipulados no presente dispositivo são específicos de natureza extrapenal, que têm como finalidade impor aos condenados determinados ônus que os afastam da prática de condutas análogas àquelas que eles não praticaram licitamente, ou seja, de acordo com o ordenamento jurídico.

Além dos efeitos específicos ora previstos, são também efeitos da condenação por crimes tipificados nesta Lei, os efeitos genéricos previstos no art. 91 do CP: tornar certa

⁷⁰⁸ Idem, p. 178.

a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, a perda em favor da União dos instrumentos do crime e dos produtos e proventos do crime.

Os efeitos específicos previstos para os crimes falimentares são: a inabilitação para o exercício de atividade empresarial; o impedimento para o exercício de cargo ou função em conselho de administração, diretoria ou gerência das sociedades sujeitas à Lei; e, a impossibilidade de gerir empresa por mandato ou por gestão de negócio.

Os efeitos específicos não são automáticos, nem necessariamente cumulativos, devendo ser fixados na sentença condenatória, devendo o juiz fundamentar, considerando as características individuais do condenado, a razão porque entende necessária a aplicação, e isso sobre cada efeito entender aplicável.

Os efeitos da condenação perdurarão deste o trânsito até, no máximo, 5 (cinco) anos após a extinção da punibilidade. Poderão, contudo, ser extintos antes desse prazo ordinário, pela reabilitação.

A reabilitação é a declaração judicial do cumprimento ou da extinção da pena. Alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre seu processo e condenação (art. 93 do CP). Pode ser requerida decorridos 2 (dois) anos da data da extinção da pena ou do término da execução, desde que, durante esse biênio, tenha ficado domiciliado no País, tenha tido bom comportamento público e privado, e, por fim, tenha ressarcido o dano causado pelo crime, ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer (art. 94 do CP). A reabilitação, contudo, pode ser revogada se o reabilitado for condenado, como reincidente, por decisão definitiva, a pena que não seja de multa (art. 95 do CP).

Para garantir a eficácia dos efeitos específicos da condenação, a Lei determina que, transitada em julgado a sentença penal condenatória, será noticiado o Registro Público de Empresas para que tome as medidas necessárias para impedir novo registro em nome dos habilitados.

O exercício, pelo condenado, das práticas a ele vedadas como efeitos específicos da condenação, desrespeitando a decisão judicial, configura, em tese, o crime tipificado no art. 359 do CP.

Art. 182. A prescrição dos crimes previstos nesta Lei reger-se-á pelas disposições do Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, começando a correr do dia da decretação da falência, da concessão da recuperação judicial ou da homologação do plano de recuperação extrajudicial.

Parágrafo único. A decretação da falência do devedor interrompe a prescrição cuja contagem tenha iniciado com a concessão da recuperação judicial ou com a homologação do plano de recuperação extrajudicial.

GUILHERME ALFREDO DE MORAES NOSTRE

A prescrição da pretensão punitiva nos crimes falimentares na antiga Lei de Falência representava verdadeira distorção de nosso sistema penal, favorecendo a impunidade e desmoralizando a persecução criminal. Com efeito, o prazo prescricional, inexplicavelmente, era de dois anos contados da data em que deveria se encerrar o processo falimentar, o qual, contudo, deveria se encerrar em dois anos. Assim, o prazo prescricional seria de, no máximo, 4 (quatro) anos.

O presente dispositivo corrige a infundada discrepância de nosso sistema, determinando a aplicação das normas gerais estipuladas no Código Penal, com exceção do art. 111, posto que, quanto ao termo inicial da prescrição antes de transitar em julgado a sentença penal, define a nova Lei que será o dia da decretação da falência, da recuperação judicial ou da homologação do plano de recuperação extrajudicial.

Além disso, o parágrafo único do presente dispositivo dispõe sobre causa interruptiva da prescrição específica aos crimes falimentares: a decretação da falência interrompe a prescrição cuja contagem tenha iniciado com a concessão da recuperação judicial ou com a homologação do plano de recuperação extrajudicial.

Observe-se que, além dessa causa específica, aplicam-se aos crimes previstos nesta Lei as causas interruptivas a eles compatíveis dentre as previstas no art. 117 do CP.

Seção III

Do procedimento penal

Art. 183. Compete ao juiz criminal da jurisdição onde tenha sido decretada a falência, concedida a recuperação judicial ou homologado o plano de recuperação extrajudicial, conhecer da ação penal pelos crimes previstos nesta Lei.

ANTÔNIO SÉRGIO A. DE MORAES PITOMBO

Este artigo deve trazer polêmica, em especial, porque parcela da doutrina quer repetir os argumentos utilizados nas discussões tocantes à constitucionalidade da Lei do Estado de São Paulo 3.947/1983, quando da vigência do art. 194 do Dec.-lei 7.661/1945,⁷⁰⁹ que deslocava a competência quanto à *persecutio criminis* para a Vara da Falência.

Afirmações de índole burocrática asseveram, na mesma trilha, que melhor seria manter a ação penal pública no âmbito do juízo universal da falência.⁷¹⁰

Todavia, de modo expresso, o legislador federal manifestou-se em sentido contrário e veio a ser taxativo, ao determinar que deve conhecer da ação penal o juiz criminal do local onde tenha sido decretada a falência.

A matéria exige que não se limite a questão à simples especulação em torno da organização judiciária. Tratá-la dessa maneira seria um reducionismo, voltado a enganar o intérprete, ao se explicar uma coisa em termos da outra, ao invés de tratá-la em seus próprios termos.

O processo penal só pode ser estudado a contar de uma perspectiva constitucional, logo, impõe-se a observação ao devido processo legal (art. 5.º, inc. LIV, da CF), bem assim o acatamento à regra do juiz natural (art. 5.º, inc. XXXVII, da CF).

A lei federal determina que o órgão jurisdicional: legal, competente e pré-constituído seja do juízo criminal – diverso do juízo da falência. Se almejasse conferir ao juiz do processo falimentar competência para processar e julgar as infrações penais a ela pertinentes, assim teria escrito. Determinou o inverso, de modo cogente: as ações criminais devem ser conhecidas pelo juiz afeto ao direito e ao processo penal.⁷¹¹

Assim o fez, por uma razão clarividente: o devido processo penal impunha que as ações penais fossem julgadas por magistrado com neutralidade e independência, o qual

⁷⁰⁹ Dentre outros: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*, v. 2, p. 177-178; MANDEL, Julio Kahan. *Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas anotada*, p. 272; MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, p. 472-476.

⁷¹⁰ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova Lei de Recuperação e Falências*, p. 386.

⁷¹¹ Isto, sem mencionar as vantagens da especialização do juízo, como alertam: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *As disposições penais na Lei de Recuperação de Empresas e Falência – Crimes em espécie e procedimento*, p. 296; PORTO, Luiz Guilherme Moreira; COSTA, Helena Regina Lobo da. *Nova Lei de Falências II*, p. 344-345.

não estivesse em contato com o processo falimentar ou de recuperação.⁷¹² No caso da lei atual, esse aspecto se acentua, na medida em que várias infrações penais se destinam à tutela do próprio processo falimentar, protegendo a administração da Justiça.

Seria um absurdo deixar que o acusado de prestar informações falsas no processo de falência, com o fim de induzir a erro o juiz (art. 171 da Lei 11.101/2005), viesse a ser julgado pelo mesmo juiz que se sentiu enganado. Ora, desde as discussões nos tempos da elaboração da Subemenda à emenda global do substitutivo ao Projeto de Lei 4.376, na Associação dos Advogados de São Paulo, pretendia-se garantir a imparcialidade do magistrado, com vistas à proteção do interesse público (art. 8.º, 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, promulgada no Brasil por meio do Dec. 678/1992).⁷¹³

A boa razão determinava que o juiz natural para os crimes falimentares deveria ser outro, especializado em matéria criminal, como forma de garantir o tratamento paritário aos sujeitos do processo penal,⁷¹⁴ não apenas em função dos tipos protetores da administração da Justiça.

Exempli gratia, os tipos dos arts. 173 e 174 protegem os bens da massa sob os cuidados do administrador judicial, o qual, por sua vez, tem de ser fiscalizado pelo juiz (art. 22 da Lei 11.101/2005). Qual seria a isenção do juiz da falência para julgar fato que deu causa à destituição do administrador (art. 31 da Lei 11.101/2005) e à remessa judicial de documentos ao Ministério Público, para fins de persecução criminal (art. 187, § 2.º, da Lei 11.101/2005 c.c. art. 40 do CPP)? Em algumas situações, não seria ele, o juiz, importante para contribuir para busca da verdade real?

Não fosse tal motivação suficiente, há outros pontos ligados ao respeito às disposições constitucionais que merecem reflexão. Nos arestos que afirmaram a constitucionalidade da mencionada lei paulista,⁷¹⁵ a discussão partiu da premissa de que o tema discutido seria de *procedimento*, o que legitimaria o Estado de São Paulo a legislar, de forma concorrente à União.

Assim, com olhos no atual art. 24, inc. XI, da CF, inexisteria como assentar a afronta ao *substantive due process of law*.⁷¹⁶ No entanto, à toda luz, transparece que o assunto aqui se mostra pertinente ao *processo* e jamais ao *procedimento*.⁷¹⁷ Afinal, debate-se a relação jurídica processual e, não, a mera coordenação de atos que se sucedem.

Mais do que isso, motivos de natureza política só poderiam conferir legitimação à União⁷¹⁸ para legislar, porque a problemática ora em jogo cuida do exercício da jurisdição pelos agentes públicos, isto é, cuida da finalidade do exercício do poder, tema inerente ao conceito de *processo*.

⁷¹² FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, p. 371; PORTO, Luiz Guilherme Moreira; COSTA, Helena Regina Lobo da. *Nova Lei de Falências II*, p. 344.

⁷¹³ No mesmo diapasão, manifestou-se o Senado Federal, segundo noticiam: PODVAL, Roberto; HAKIM, Paula Kahan Mandel. Aspectos processuais penais da Lei de Falências, p. 618.

⁷¹⁴ Com respeito ao direito penal da culpa, inclusive: PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. Contribuição ao estudo dos crimes falimentares, p. 605.

⁷¹⁵ Confira-se o precedente: STF, RHC 63.787-SP, rel. Min. Rafael Mayer, j. 27.06.1986.

⁷¹⁶ Este a opinião de: COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*, p. 272.

⁷¹⁷ Para o estudo da distinção, TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal – Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*, p. 231-241.

⁷¹⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 478.

Em verdade, a decisão política de reconhecer o juiz natural na jurisdição penal só deve ser tomada no âmbito da União, que, privativamente, legisla em matéria sobre direito processual (art. 22, inc. I, da CF). Prevalece, por conseguinte, este artigo da Lei 11.101/2005 às normas estaduais de organização judiciária (art. 24, § 4.º, da CF).⁷¹⁹

Art. 184. Os crimes previstos nesta Lei são de ação penal pública incondicionada.

Parágrafo único. Decorrido o prazo a que se refere o art. 187, § 1º, sem que o representante do Ministério Público ofereça denúncia, qualquer credor habilitado ou o administrador judicial poderá oferecer ação penal privada subsidiária da pública, observado o prazo decenal de 6 (seis) meses.

ANTÔNIO SÉRGIO A. DE MORAES PITOMBO

O *caput* deste artigo se apresenta desnecessário,⁷²⁰ porque, no processo penal brasileiro, em regra, a ação penal se apresenta pública incondicionada, nos termos do art. 100 do CP. Titular da ação penal, o Ministério Público tem *poder-dever* de denunciar (art. 129, inc. I, da CF), quando há prova de materialidade e indícios de autoria de fato típico (art. 43 do CPP).

A denúncia deve respeitar as regras do art. 41 do CPP, contendo “a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas”.

Não foge, a imputação pela prática de crime falimentar, de descrever a conduta afirmada típica, na inicial acusatória. Destarte a denúncia deve mostrar-se fundada em elementos de convicção e fundamentada, com a indicação dos dados que lhe dão suporte.⁷²¹

Poder-se-ia encontrar a justificativa deste dispositivo⁷²² em comentário, no parágrafo único, o qual poria fim a uma controvérsia da lei antiga, tocante à hipótese de ação penal, intentada pelos credores, em caso de arquivamento a pedido da acusação pública (art. 194 do Dec.-lei 7.661/1945).

Entretanto, a questão encontra-se superada desde o advento da Constituição de 1988,⁷²³ pois, não podem os credores promover ação penal subsidiária, quando o representante do Ministério Público não vislumbra justa causa para denunciar e requer o arquivamento.⁷²⁴

⁷¹⁹ No mesmo sentido: PODVAL, Roberto; HAKIM, Paula Kahan Mandel. Aspectos processuais penais da Lei de Falências, p. 618-619.

⁷²⁰ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova Lei de Recuperação e Falências*, p. 388; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. As disposições penais na Lei de Recuperação de Empresas e Falência – Crimes em espécie e procedimento, p. 296.

⁷²¹ FERNANDES, Antônio Scarance. *Reação defensiva à imputação*, p. 255.

⁷²² Assim fazem: PORTO, Luiz Guilherme Moreira; COSTA, Helena Regina Lobo da. *Nova Lei de Falências II*, p. 343.

⁷²³ Sem razão, portanto, quem mantenha a posição ainda hoje: FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, p. 369.

⁷²⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*, p. 381.

Se o credor almejar a reabertura do inquérito policial arquivado,⁷²⁵ deverá identificar provas novas aptas a demonstrar a necessidade de novas diligências (art. 18 do CPP).

Repetiu-se, neste parágrafo único, o art. 29 do CPP, que autoriza a propositura de ação penal, de iniciativa privada, quando há inércia do Ministério Público. Importante notar que os prazos para oferecimento da denúncia se encontram no art. 46 do CPP, como registra o próprio art. 187, § 1.º, da Lei 11.101/2005.

Merece atenção que somente podem mover a queixa subsidiária o administrador judicial e o credor habilitado – repise-se, habilitado (art. 7.º, § 1.º, da Lei 11.101/2005). Ambos precisam observar a decadência de seis meses para proporem a ação penal, lapso temporal contado do dia em que se esgotar o prazo para oferecimento da denúncia (art. 38 e art. 46 do CPP).

Ressalta-se que a inicial se submete, por óbvio, às regras do art. 41 do CPP, e tem de indicar, com cuidado, a justa causa para o recebimento da acusação.⁷²⁶

Art. 185. Recebida a denúncia ou a queixa, observar-se-á o rito previsto nos arts. 531 a 540 do Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal.

ANTÔNIO SÉRGIO A. DE MORAES PITOMBO

Nos tempos do diploma legal anterior, havia o procedimento especial⁷²⁷ aplicado aos processos destinados à apuração de crime falimentar (arts. 103 a 113 do Dec.-lei 7.661/1945). Dividia-se em dois momentos: o inquérito judicial voltado à formação da culpa; e a ação penal para o juízo do mérito da acusação.

Surpreendeu a lei em vigor com este dispositivo, porque equivocada, sob o prisma da técnica do processo penal.⁷²⁸ Não deveria o legislador se auto-enganar, ao sugerir o procedimentos, sumário e sumaríssimo, com o fim de transparecer pretensa agilidade da jurisdição no processo e julgamento das infrações penais.⁷²⁹

O procedimento judicial deve adequar-se à natureza da causa, pautando-se por critérios como a qualidade da pena cominada (reclusão, detenção, prisão simples, multa), ou a quantidade da reprimenda (pena mínima e máxima).

Nos tipos da lei em comento, quase a totalidade dos crimes impõe pena de reclusão, com exceção do delito de omissão dos documentos contábeis obrigatórios (art. 178 da Lei 11.101/2005), apenado com detenção de um a dois anos. Portanto, o correto seria aplicar-se, para esta maioria, o procedimento comum ordinário.

O procedimento sumário apresenta encurtamento dos prazos, concentração de atos em audiência e estreitamento do campo probatório. Igualmente se caracterizava

⁷²⁵ Sobre a natureza jurídica da decisão de arquivamento, confira-se: PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Inquérito policial: sua força e efeito*, p. 54.

⁷²⁶ PODVAL, Roberto; HAKIM, Paula Kahan Mandel. Aspectos processuais penais da Lei de Falências, p.624.

⁷²⁷ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Legislação penal especial*, p. 97.

⁷²⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*, v. 2, p. 178.

⁷²⁹ Acha possível a aplicação do procedimento: MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência* p. 479-480.

o sumaríssimo,⁷³⁰ porém, com maior oralidade, conforme lição de Sérgio Marcos de Moraes Pitombo.⁷³¹

Ora, a mera leitura dos novos tipos penais denota que, para o esclarecimento da verdade material, tais crimes devem exigir um maior número de atos destinados à evidenciação de materialidade e autoria. Faz-se necessária proporcionalidade entre espécie do crime apurado e o procedimento.⁷³² Não só, estas falhas da pressa podem acarretar gravame injustificado ao exercício do direito de defesa,⁷³³ com riscos ao desenvolvimento válido do processo (art. 5.º, incs. LIV e LV, da CF).

Em suma, neste dispositivo, incorreu em grave erro o legislador. Afinal, as formas dizem com a segurança jurídica e, na precisão de João Mendes Júnior, “asseguram a liberdade dos indivíduos, porque garantem a defesa; dão força aos julgamentos e aos juizes, porque são o penhor da sua imparcialidade; revestem a justiça de toda a magestade, porque dão testemunho da prudência de seus agentes” (sic).⁷³⁴

A indicação de procedimento incompatível com complexidade dos fatos⁷³⁵ em julgamento torna necessário que se realize a instrução criminal, seguindo-se o procedimento comum ordinário (arts. 394 a 405 do CPP).⁷³⁶

Art. 186. No relatório previsto na alínea e do inciso III do *caput* do art. 22 desta Lei, o administrador judicial apresentará ao juiz da falência exposição circunstanciada, considerando as causas da falência, o procedimento do devedor, antes e depois da sentença, e outras informações detalhadas a respeito da conduta do devedor e de outros responsáveis, se houver, por atos que possam constituir crime relacionado com a recuperação judicial ou com a falência, ou outro delito conexo a estes.

Parágrafo único. A exposição circunstanciada será instruída com laudo do contador encarregado do exame da escrituração do devedor.

ANTÔNIO SÉRGIO A. DE MORAES PITOMBO

O texto deste artigo conservou a estrutura do art. 103 do Dec.-lei 7.661/1945, com algumas modificações. Nunca é demais lembrar de que tais cuidados do Dec.-lei 7.661/1945, aqui repetidos, provêm das mãos de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, co-autor do projeto da antiga Lei de Falências.⁷³⁷

Na lei em vigor, o fundamental foi manter-se a noção de que a imputação tem de ser clara. Afinal, com a boa descrição dos fatos e circunstâncias, facilita-se a apuração do

⁷³⁰ Procedimento este que desapareceu com a Lei 9.099/1995.

⁷³¹ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo. Supressão parcial do inquérito policial, p. 72.

⁷³² PODVAL, Roberto; HAKIM, Paula Kahan Mandel. Aspectos processuais penais da Lei de Falências, p. 626-628.

⁷³³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*, p. 272.

⁷³⁴ MENDES DE ALMEIDA JUNIOR, João. *O processo penal brasileiro*, v. 1, p. 9.

⁷³⁵ PORTO, Luiz Guilherme Moreira; COSTA, Helena Regina Lobo da. Nova Lei de Falências II, p. 346-347.

⁷³⁶ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova Lei de Recuperação e Falências*, p. 390.

⁷³⁷ PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. Contribuição ao estudo dos crimes falimentares, p. 597.

ocorrido, permite-se a realização do juízo da tipicidade, ainda que prévio, e garante-se o exercício da ampla defesa (art. 5.º, inc. LV, da CF).

A determinação de precisão na imputação torna possível a plena ciência do investigado quanto ao quadro fático, o que lhe autoriza a contrariá-la, requerendo o que entender conveniente (art. 14 do CPP).⁷³⁸

Note-se algo muito importante quanto à lei: aparta-se o devedor de outros responsáveis, porque os novos crimes não se dirigem, tão só, ao comportamento do falido, mas se espraiam sobre a conduta de várias outras pessoas que possam violar a administração da Justiça ou a ordem econômica.

O parágrafo único do artigo tende a trazer certa dúvida, posto que o “laudo do contador encarregado do exame da escrituração do devedor” pode não servir para embasar as investigações tocantes a algumas infrações penais previstas na lei. Nada impede que se juntem outros documentos que indiquem a possível ocorrência de crime, além do mencionado laudo.

Ainda, precisa-se conjugar a análise deste dispositivo com os arts. 158 e 159, do Código de Processo Penal. A juntada do referido laudo não supre a necessidade do exame do corpo do delito, quanto aos crimes que deixam vestígios.

Desse modo, no curso da primeira fase da persecução penal, devem-se realizar as perícias necessárias à demonstração da materialidade delitiva (art. 564, inc. III, *b*, do CPP). Vale aqui a observação de Vicente Greco Filho: “A distinção, portanto, entre a perícia que é o exame de corpo de delito e outras perícias, ainda que importantes ao convencimento do juiz, é fundamental. Isto porque a falta de uma acarreta a nulidade do processo. As outras ficam no plano do convencimento do julgador, ou do mérito”.⁷³⁹

Art. 187. Intimado da sentença que decreta a falência ou concede a recuperação judicial, o Ministério Público, verificando a ocorrência de qualquer crime previsto nesta Lei, promoverá imediatamente a competente ação penal ou, se entender necessário, requisitará a abertura de inquérito policial.

§ 1º O prazo para oferecimento da denúncia regula-se pelo art. 46 do Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, salvo se o Ministério Público, estando o réu solto ou afiançado, decidir aguardar a apresentação da exposição circunstanciada de que trata o art. 186 desta Lei, devendo, em seguida, oferecer a denúncia em 15 (quinze) dias.

§ 2º Em qualquer fase processual, surgindo indícios da prática dos crimes previstos nesta Lei, o juiz da falência ou da recuperação judicial ou da recuperação extrajudicial cientificará o Ministério Público.

ANTÔNIO SÉRGIO A. DE MORAES PITOMBO

Seguiu-se a melhor tradição do processo penal, neste artigo, ao se conferir ao Ministério Público o *poder-dever* de denunciar direto ou requisitar inquérito policial, ao invés de manter-se o inquérito judicial falimentar – instituto jurídico vítima do descuido dos julgados na vigência do Dec.-lei 7.661/1945.

⁷³⁸ Sobre o assunto: SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*.

⁷³⁹ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*, p. 196.

Veja-se que, a contar da intimação da decretação da falência, o promotor de justiça pode oferecer a denúncia, desde que atenda ao disposto nos arts. 41 e 43 do CPP.

Se constatar a ausência de elementos suficientes para a propositura da ação penal pública, deve requisitar a instauração de inquérito policial, caso verifique a ocorrência de infração penal. Observe-se que a norma cogente dispõe que ele determine a abertura de inquérito policial, mas não autoriza a realização de inquérito civil,⁷⁴⁰ ou investigação preliminar.

Tem, o promotor de justiça, a faculdade de aguardar a exposição circunstanciada do administrador judicial (art. 186, da Lei 11.101/2005),⁷⁴¹ a qual lhe deve ser apresentada (art. 22, § 4.º, da Lei 11.101/2005), no prazo de quarenta dias, contados da assinatura do compromisso do aludido administrador (art. 22, inc. III, e, da Lei 11.101/2005).

Neste período, entre a decretação da quebra e o conhecimento do relatório do administrador judicial, deve requisitar inquérito policial, se chegar a seu conhecimento fato que constitui crime, sendo-lhe vedado realizar procedimento diverso, de gabinete, ou inquérito ministerial anômalo.⁷⁴²

É permitido que o promotor público requeira diligências, com o fim de contribuir com a busca da verdade (art. 129, inc. VIII, da CF c.c. arts. 16 e 46 do CPP), no curso das investigações criminais, inclusive nos procedimentos oriundos de requerimento do ofendido (art. 5.º, inc. II e § 1.º, do CPP).

Com fundamento no art. 28 do CPP, pode manifestar-se pelo arquivamento do inquérito policial, se atípico o fato, a autoria for desconhecida, ou inexistir prova para acusar. Ainda, tem o dever de requerer a extinção da punibilidade, na hipótese de ocorrer uma das causas previstas no art. 107 do CP.

Destaca-se que, em virtude do disposto no art. 183, da Lei em comento, o promotor público do juízo da falência não se exige o promotor natural para o acompanhamento das duas fases da persecução penal, as quais ficarão a cargo daqueles que tiverem atribuição legal para atuar no juízo criminal.

Ao fim, cumpre mencionar que o § 2.º, deste artigo, repetiu o comando do art. 40 do CPP, assim, sempre que houver indícios da prática de crime, o juiz de direito tem de cientificar o Ministério Público.

Art. 188. Aplicam-se subsidiariamente as disposições do Código de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta Lei.

ANTÔNIO SÉRGIO A. DE MORAES PITOMBO

Neste lanço, cabe fazer uma menção a um ponto perceptível no estudo dos crimes e das disposições relativas ao procedimento penal, previstos nesta lei. O legislador quer

⁷⁴⁰ Veja-se o esforço de interpretação para justificar tal posição extravagante: MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, p. 481-483.

⁷⁴¹ Isto, se não houver preso cautelar: FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, p. 368.

⁷⁴² Em sentido contrário, BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova Lei de Recuperação e Falências*, p. 393.

obter a eficácia, por meio da aplicação de institutos que a experiência demonstrou bem sucedidos.

Fugiu da construção hermética de crimes de perigo, de constitucionalidade duvidosa, para tipificar condutas similares a crimes conhecidos, como o estelionato, a apropriação indébita, a violação de sigilo, com o objetivo certo de facilitar o intérprete. Evitou elementos normativos, salvo os necessários à tutela da falência e da recuperação de empresas.

Depois, alicerçou os crimes em bens jurídicos, atrelados à Lei Maior, que podem ser aquilutados com facilidade, o que permite o juízo de tipicidade material, inclusive.

Simplificou o procedimento penal, com a primeira fase das persecução penal atuando como em gênero caminham as investigações criminais no Brasil, mediante inquérito policial. Ofertou ampla gama de possibilidades ao promotor de justiça, para que possa ele fiscalizar os processos judiciais da falência e da recuperação, com instrumentos para coibir comportamento ilícitos do devedor e de outras pessoas responsáveis.

Encaminhou o processo penal para o juízo criminal, onde especialistas vão cuidar da aplicação da lei, desafogando o juízo da falência do acúmulo de processos-crime que havia nos tempos do Dec.-lei 7.661/1945.

Buscou fazer com que, tanto acusação pública, como defesa possam exercer o contraditório perante juiz imparcial, com o anseio de que, graças a este equilíbrio, se garanta a justiça dos casos concretos.

Enfim, ciente da relevância da noção de sistema, aduziu neste artigo a possibilidade do emprego de princípio e regras do processo penal, para o auxílio do operador do direito.



Capítulo VIII

DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

MARCELO VIEIRA VON ADAMEK

353. Capítulo VIII

O último capítulo da Lei 11.101/2005 (LRF) é o “Capítulo VIII – Disposições Finais e Transitórias”.⁷⁴³ Nele são regulados assuntos variados e, de certo, não consulta a boa técnica legislativa tratar, conjuntamente, de temas tão díspares. De mais a mais, se é real que certos temas referidos neste Capítulo VIII são realmente *transitórios*, por envolverem situações efêmeras (arts. 197 e 198 da LRF) e de direito intertemporal (arts. 192, 200 e 201 da LRF),⁷⁴⁴ não é menos exato que outros tantos assuntos regulados neste mesmo capítulo, ao contrário, são perenes e gerais (arts. 189, 190, 191, 193, 194, 195, 196 e 199, §§ 1.º a 3.º da LRF), e, seguramente, foram agrupados sob a epígrafe “disposições *fnais*”, apenas porque o legislador não soube encontrar local mais adequado para inseri-los, dentre as disposições gerais, como seria mais apropriado.⁷⁴⁵

* No presente trabalho foram comentados os artigos do Capítulo VIII da Lei de Recuperação de Empresas e Falências (doravante, Lei 11.101/2005 ou, abreviadamente, LRF), exceção feita aos arts. 193 e 194, analisados, em separado, pelo Prof. Dr. Francisco Satiro de Souza Jr.

* O autor registra os seus mais sinceros agradecimentos ao Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, seu orientador no curso de pós-graduação em direito comercial, pela leitura crítica do trabalho e pelas oportunas sugestões formuladas. Os erros e as omissões, no entanto, são de inteira responsabilidade do autor.

⁷⁴³ Entre nós, Haroldo Valladão, um dos raros juristas pátrios que, em suas obras, sempre revelou preocupação com a estruturação formal das leis, condenou a epígrafe “disposições finais e transitórias”, tachando-a de “infeliz epígrafe” (VALLADÃO, Haroldo. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 13, p. 10). Considerava o citado jurista que, se as disposições da lei eram as *fnais*, não poderiam, logicamente, vir seguidas de quaisquer outras, mesmo que *transitórias* (VALLADÃO, Haroldo, *idem*, p. 29). Além disso, ao criticar o emprego de idêntica epígrafe no CPC/1973, ainda acrescentou: “As Constituições, os Códigos e as leis amplas, regulando sistematicamente instituições ou largos assuntos, contêm habitualmente um livro com *disposições gerais*, as referentes ou comuns a todo o diploma legislativo, e outro com as *disposições transitórias*, simplesmente temporárias, restritas e que se esgotam logo após sua publicação, sem, pois, caráter de permanência; aquelas iniciais, e estas as últimas. A epígrafe do Livro V do novo Código se intitula: *Disposições Finais e Transitórias*. Não me parece feliz essa orientação quando emprega a palavra *Finais*, inexpressiva, usada no CPC antigo, mas inencontrável em Códigos estrangeiros e, nos estaduais, apenas no de Sergipe” (VALLADÃO, Haroldo, *idem*, p. 28).

⁷⁴⁴ Propriamente, as disposições transitórias prestam-se a “regular a passagem das relações jurídicas pendentes, do domínio de uma lei para o de outra” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, n. 330, p. 290).

⁷⁴⁵ Em boa técnica, as disposições finais não deveriam conter normas gerais ou perenes (cf.: art. 3.º, inc. III, da LC 95/1998). A lei pretérita não incorria neste vício e possuía títulos separados para as disposições *gerais* (que agora foram denominadas de disposições *fnais*) e para as disposições

Art. 189. Aplica-se a Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, no que couber, aos procedimentos previstos nesta Lei.

MARCELO VIEIRA VON ADAMEK

354. A aplicação subsidiária do Código de Processo Civil

As leis reguladoras de procedimentos concursais, pátrias e estrangeiras, sempre se caracterizaram pela presença de vários dispositivos de índole processual, ao lado de outros tantos de índole material, e, por isso, não foram poucos os estudiosos que sustentaram ser o direito falimentar, ou concursal, ramo do direito processual.⁷⁴⁶

Sem ingressar nessa discussão, é impossível deixar de reconhecer que as leis concursais, e a atual LRF não foge da tradição, realmente trazem diversos dispositivos sobre processo e procedimento. Contudo, essas regras esparsas, ainda que numerosas, não esgotam a disciplina processual e nem poderiam constituir sistema estanque, sem comunicação com a lei geral sobre direito processual civil. Justamente por isso, o legislador pátrio previu a aplicação subsidiária do CPC, no que couber, aos procedimentos previstos na Lei de Recuperação de Empresas e Falências (art. 189 da LRF).

Trata-se de regra usual em nossa praxe legislativa que, conquanto rigorosamente dispensável, se explica pelo interesse prático de procurar afastar questionamentos sobre se o CPC incidiria ou não supletivamente naqueles diplomas legais reguladores de verdadeiros microssistemas. Neste sentido, e inspirada no claro propósito de afastar a insegurança jurídica, compreende-se a inserção da regra em comento, que, não obstante, pouco ou nada auxilia o aplicador da lei, dispondo apenas que, “no que couber” (e, precisamente, a definição daquilo que cabe ou não cabe constitui o ponto mais tormentoso), aplica-se supletivamente o Código de Processo Civil. Diz-se que a regra é, rigorosamente, supérflua porque o art. 1.211, 1.ª parte, do CPC, já enuncia, em caráter genérico, que “este Código regerá o processo civil em todo o território brasileiro”,⁷⁴⁷ donde não se poderia, com seriedade, discutir a sua incidência supletiva na regulamentação de todo e qualquer processo e procedimento no direito pátrio.⁷⁴⁸ O Código de Processo Civil é sempre a lei geral sobre processo civil no direito brasileiro (art. 1.º do CPC).

transitórias; além disso, tratava separadamente da falência da concessionária de serviço público, dentro do título das disposições especiais.

⁷⁴⁶ Ainda hoje, por exemplo, José da Silva Pacheco sustenta que a Lei 11.101/2005 “é, sem dúvida, uma lei de natureza preponderantemente processual” (PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência*, n. 323.2, p. 382).

⁷⁴⁷ É curioso observar que os estudiosos nunca emprestaram muito valor a este preceito, e nos poucos comentários da doutrina a ele dedicados, apenas se faz referência ao direito intertemporal, esquecendo-se, no entanto, que parte do seu enunciado é perene.

⁷⁴⁸ Sem prejuízo do quanto exposto no texto, é preciso reconhecer que foi justamente a falta de regra expressa proclamando a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao processo de mandado de segurança que gerou, e ainda gera, incontáveis discussões na doutrina e nos tribunais (p. ex., quanto ao cabimento dos recursos de agravo e de embargos infringentes, ou da imposição de verba honorária). Mas a doutrina esclarecida, com razão, não faz depender a aplicação subsidiária e supletiva do Código de Processo Civil à existência de remissão expressa na lei especial (cf.: NERY JR., Nelson. *Princípios fundamentais – Teoria geral dos recursos*, n. 3.3.1, nota 104, p. 208-209, e n. 3.4.1.1, p. 245-246).

Sem embargo, a experiência justifica a cautela do legislador. O Dec.-lei 7.661/1945, por exemplo, não possuía regra análoga à do art. 189 da LRF, e isso suscitou vários questionamentos (em grande parte infundados) sobre a incidência do Código de Processo Civil aos processos regulados na antiga Lei de Falências.

355. Alcance da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil

A aplicação do Código de Processo Civil aos processos regulados na Lei 11.101/2005 (LRF) dá-se para suprir as suas lacunas, porém de forma harmônica com as suas regras especiais e em consonância com os seus princípios informadores, que hão de sempre prevalecer.⁷⁴⁹ Vigoram, no particular, os princípios da subsidiariedade e da especialidade: naquilo em que a Lei 11.101/2005 revelar-se omissa e desde que não venham a conflitar com a sua sistemática e os seus princípios especiais, aplicam-se os preceitos do Código de Processo Civil.⁷⁵⁰

356. Recursos e ordem dos processos nos tribunais

As regras do Código de Processo Civil sobre recursos são subsidiariamente aplicáveis à Lei 11.101/2005 (LRF).⁷⁵¹

Especificamente quanto aos requisitos extrínsecos de admissibilidade dos recursos civis, têm plena incidência as regras processuais sobre a *regularidade formal* dos vários recursos cabíveis, razão pela qual a parte sempre deverá, na petição de interposição, declinar as razões de sua inconformidade e formular o pedido de nova decisão. O *preparo* deverá ser comprovado no ato da interposição (art. 51 I do CPC).⁷⁵² A *tempestividade*, por evidente, é aferida pela apresentação do recurso dentro do prazo fixado na lei processual para cada espécie recursal (já que a LRF não fixa prazo especial), contado da intimação das partes (arts. 242 e 506 do CPC),⁷⁵³ sendo que o Ministério Público deve ser intimado

⁷⁴⁹ Com razão, Rubens Requião entendia ser “lícito invocar regra do Código de Processo Civil, em processo falimentar, quando a Lei de Falências não oferecer regra própria, e essa aplicação subsidiária se coadunar com a natureza e espírito do procedimento especial” (REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*, v. 2, n. 461, p. 185-186). A esta conclusão, chegou o citado autor com respaldo nas lições de Pontes de Miranda, Carvalho de Mendonça, J. A Penalva Santos e Seabra Fagundes – sendo que, para demonstrar o absurdo da exegese restritiva, o último dos juristas citados advertiu: “Se se quiser restringir a aplicação supletiva da legislação comum aos processos de acidentes e falência, chegar-se-á ao absurdo, de certo não imaginado pelo legislador, de obstar o suscitamento dos incidentes de suspeição, incompetência etc., sobre os quais silenciaram as leis específicas” (FAGUNDES, M. Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria civil*, n. 323, nota 33).

⁷⁵⁰ Assim: “É lícito invocar regra do Código de Processo Civil, em processo falimentar, quando a Lei de Falências não oferecer regra própria e essa aplicação subsidiária se coadunar com a natureza e espírito do procedimento especial” (JTJ 208/195). *A contrario sensu*, havendo regra especial, não prevalece o CPC: “As normas processuais só se aplicam aos processos falimentares em caráter subsidiário; e, quando há norma expressa, lugar não há para subsidiariedade” (RT 555/72).

⁷⁵¹ Cf. (lei anterior): “A idéia da subsidiariedade torna aplicável o Código de Processo Civil contra decisões prolatadas no processo falimentar, sempre que a lei específica deixar de indicar expressamente a via recursal adequada” (RT 595/72).

⁷⁵² Cf. (lei anterior): STJ, 3.^a T., REsp 403.487-SP, rel. Min. Nancy Andrighi, v.u., j. 10.02.2002, DJU 10.02.2003.

⁷⁵³ Continua válido o enunciado da Súmula 25 do STJ: “Nas ações da Lei de Falências o prazo para a interposição de recurso conta-se da intimação da parte”.

pessoalmente (arts. 83, inc. I, e 236, § 2.º do CPC) e goza de prazo em dobro para recorrer (art. 188 do CPC). As regras sobre aquiescência à decisão, pela prática de ato incompatível com o desejo de recorrer, sobre reconhecimento jurídico do pedido, renúncia e desistência de recurso (arts. 501, 502 e 503 do CPC), têm aplicação aos processos regulados pela Lei 11.101/2005, porém sempre com a necessária análise da disponibilidade dos direitos em discussão, da capacidade da parte que praticou o ato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer⁷⁵⁴ e dos poderes outorgados ao advogado (art. 38 do CPC).

Quanto aos requisitos intrínsecos de admissibilidade dos recursos civis, vale observar que a Lei 11.101/2005 possui várias regras atributivas de *legitimidade para recorrer* (art. 499 do CPC) ao falido, nos processos de falência e noutros em que a massa seja parte ou interessada (art. 103, parágrafo único, da LRF); também ao sócio do falido é reconhecida legitimidade para recorrer, como na impugnação de crédito (art. 8.º da LRF) e em todas as situações em que possa ser diretamente atingido (arts. 81 e 82 da LRF). Especificamente em relação ao Ministério Público, procurou-se restringir a sua atuação na falência e na recuperação judicial, indicando-se pontualmente hipóteses em que a sua oitiva se revela necessária ou ações para as quais está legitimado a agir (arts. 8.º, 19, 52, inc. V, 59, § 2.º, 99, inc. XIII, 132, 142, § 7.º, e 143 da LRF). Entendemos, porém, que esse intento restritivo não foi alcançado: o Ministério Público tem legitimidade para recorrer não apenas nos casos em que a sua manifestação seja necessária ou nas ações para as quais seja co-legitimado; poderá fazê-lo, na realidade, em qualquer ação em que atue na condição de *custos legis* (art. 82 do CPC),⁷⁵⁵ contanto que, nessas ações, o faça em prol do interesse coletivo que legitima a sua atuação (arts. 47 e 75 da LRF), e não como espécie de substituto processual em defesa dos interesses privados e disponíveis dos credores. Na realidade, não só quanto à iniciativa do Ministério Público, mas também quanto à dos credores e terceiros prejudicados em geral, aplicam-se as regras gerais da lei processual sobre legitimidade e *interesse em recorrer* (necessidade + utilidade) (art. 499 do CPC).⁷⁵⁶ Por fim, quanto ao *cabimento* dos recursos, vide as considerações seguintes.

⁷⁵⁴ Na vigência da lei anterior, decidiu-se que o síndico não poderia desistir de recurso interposto em nome da massa: “O síndico em processo de falência não pode desistir de recurso por ele interposto, pois exerce múnus público, não tendo a liberdade e as iniciativas comuns às partes” (RP 10/314).

⁷⁵⁵ Vide Súmula 99 do STJ: “O MP tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte”. Reconhecendo legitimidade recursal ao MP em processos regulados pela LRF, vide: TJRJ, 1.ª CC., AI 2006.002.00471, rel. Des. Célio Geraldo de Magalhães Ribeiro, v.u., j. 26.04.2006.

⁷⁵⁶ No direito anterior, a legitimidade do terceiro prejudicado para recorrer da sentença de quebra vinha expressamente prevista no art. 17 do Dec.-lei 7.661/1945 (cf.: STJ, 3.ª T., REsp 177.014-SP, rel. Min. Nilson Naves, v.u., DJU 25.10.1999, p. 79). Perante a lei nova, é certo que o sócio de responsabilidade ilimitada, citado para o pedido de falência e sujeito à falência conjunta (art. 81 da LRF), é verdadeiramente parte do processo pré-falimentar e goza de ampla legitimidade para recorrer (art. 499 do CPC). O mesmo vale para os casos em que, por força da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, terceiros venham a ser incluídos na relação processual (cf.: JTJ 249/377). Quanto ao sócio de responsabilidade limitada, que não é parte no pedido de falência, num caso chegou-se a negar legitimidade para recorrer, ao argumento de que o mero interesse econômico não seria suficiente (cf.: JTJ 208/199), embora, noutra feita, o mesmo tribunal tenha aceito o recurso do sócio como terceiro prejudicado (cf.: JTJ 230/223). Por maior razão, ao credor do sócio não assiste legitimidade para recorrer da sentença de quebra (cf.: RT 401/335). Sem prejuízo, em todas as situações para as quais a LRF admite a atuação isolada do

356.1 *Atos recorríveis e recursos cabíveis*

Apesar de a remissão geral do art. 189 da LRF ao Código de Processo Civil ser apta a legitimar a aplicação das regras gerais pertinentes à definição dos recursos cabíveis contra os vários pronunciamentos judiciais (art. 162 do CPC), e os efeitos com que devam ser processados, o legislador pátrio optou por indicar, em vários artigos esparsos da Lei 11.101/2005, de forma casuística (mas não exaustiva), os recursos cabíveis de algumas decisões específicas.⁷⁵⁷ Em todos esses casos, a interposição de recurso diverso daquele expressamente indicado na Lei 11.101/2005, caracterizará erro grosseiro da parte, afastando, pois, a aplicação do princípio da fungibilidade;⁷⁵⁸⁻⁷⁵⁹ noutras situações, nas quais o recurso cabível não se encontra indicado, será necessário verificar se havia dúvida objetiva e, portanto, se a parte não incorreu em erro grosseiro ao interpor recurso diverso do cabível, para, somente depois de realizado esse juízo, admitir-se a incidência do princípio da fungibilidade.

Narealidade, todos os atos decisórios do juiz em processos regulados pela Lei 11.101/2005 são recorríveis nos termos do Código de Processo Civil: a falta da menção expressa à impugabilidade pela via recursal não torna o ato irrecurável.⁷⁶⁰ Aliás, mesmo perante a lei anterior

sócio do devedor, por via de inexorável e lógica consequência, reconhece a sua legitimidade para recorrer de decisão proferida na respectiva causa ou incidente (vide: *JTJ* 203/64).

⁷⁵⁷ Assim, por expressa indicação legal, cabe recurso de *apelação, sem efeito suspensivo*: (i) da sentença proferida em pedido de restituição (art. 90); e (ii) da sentença proferida em pedido de homologação de plano de recuperação extrajudicial (art. 164, § 7.º); e *apelação, com efeito suspensivo*: (iii) da sentença que julgar improcedente o pedido de falência (art. 100); (iv) da sentença proferida em ação revocatória (art. 135, parágrafo único); (v) da sentença que julgar as contas apresentadas pelo administrador judicial depois de realizado o ativo (art. 154, § 6.º); (vi) da sentença de encerramento da falência (art. 156, parágrafo único); e (vii) da sentença de extinção das obrigações do falido (art. 159, § 5.º). Do mesmo modo, cabe recurso de *agravo*: (i) da decisão que decretar a falência (art. 100); (ii) da decisão sobre impugnação de crédito (art. 17), com a possibilidade específica de agregação de efeito suspensivo ou de concessão de tutela antecipada recursal (art. 17, parágrafo único); e (iii) da decisão que conceder a recuperação judicial (art. 59, § 2.º).

⁷⁵⁸ Neste sentido, afastando o princípio da fungibilidade em face da expressa previsão legal do recurso cabível: (i) *apelação* interposta no lugar de *agravo* contra decisão de decretação de falência (lei anterior): *TJSP*, AI 192.751-1, rel. Des. P. Costa Manso, v.u., j. 07.04.1994; *TJSP*, 3.ª Câmara. Dir. Priv., AI 10.304-4, rel. Des. Alfredo Migliore, v.u., j. 04.06.1996; *TJSP*, 2.ª Câmara. Dir. Priv., AI 55.915-4, rel. Des. Linneu Carvalho, v.u., j. 14.10.1997; *TJSP*, 7.ª Câmara. Dir. Priv., AI 88.527-4, rel. Des. Julio Vidal, v.u., j. 23.09.1998; *TJSP*, 3.ª Câmara. Dir. Priv., AI 200.848-4/2, rel. Des. Carlos Stroppa, v.u., j. 15.05.2001; *JTJ* 245/267; e *RP* 2/353; e (ii) *agravo* interposto no lugar de *apelação* contra decisão que rejeita impugnação de crédito (lei anterior): *TJSP*, 4.ª Câmara. Dir. Priv., AI 103.283-4, rel. Des. Cunha Cintra, v.u., j. 23.12.1999. Em sentido diverso (conhecendo de *agravo* interposto contra decisão proferida em pedido de extinção das obrigações do falido, apesar da expressa indicação do cabimento da *apelação*) (lei anterior): *JTJ* 239/240 (no caso, afastou-se a ocorrência de erro grosseiro, sob a alegação de que a lei apontava o recurso da sentença que acolhesse o pedido, mas não da decisão que o rejeitasse).

⁷⁵⁹ Ainda no mesmo sentido (aplicando o princípio da fungibilidade sob a égide da LRF): *TJSP*, Câmara. Esp. Rec. e Fal., AI 426.678-4/4-00, rel. Des. Lino Machado, m.v., j. 03.05.2006, *BAASP* 2.503/457, *RT* 852/253 e *JTJ* 301/429 (*agravo* interposto no lugar da *apelação*, contra o pronunciamento judicial que indeferiu o processamento da recuperação judicial, sem claramente assentar o indeferimento da petição inicial e a extinção do processo, gerando, pois, dúvida tida por razoável na interpretação de legislação ainda nova).

⁷⁶⁰ Neste sentido: FERRAZ, Luiz Augusto de Souza Queiroz. *Lei 11.101/2005, arts. 189 a 192 das Disposições Finais e Transitórias*. p. 648-650; NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis*

(que não possuía regra tão abrangente como a do art. 189 da LRF), idêntica foi a exegese que, superadas as oscilações e divergências iniciais, acabou por preponderar nos tribunais.⁷⁶¹ Por isso, chega a ser surpreendente que, perante a nova lei, se esteja ensaiando a retomada da exegese restritiva, com total alheamento da paulatina evolução jurisprudencial, operada ao longo das últimas seis décadas, e das manifestações de conspícuos processualistas.

Como quer que seja, e apesar do silêncio da lei, admite-se, por exemplo, a interposição de recurso contra decisão judicial que, em processos regulados pela Lei 11.101/2005: (i) defere ou indefere a produção de provas no pedido de falência;⁷⁶² (ii) desacolhe pedido de reserva de bens;⁷⁶³ (iii) determina a suspensão do processo;⁷⁶⁴ (iv) decide sobre a venda de bens do devedor,⁷⁶⁵ aprova ou recusa a proposta de licitante,⁷⁶⁶ ou acolhe ou rejeita a arguição de sua invalidade;⁷⁶⁷ (v) autoriza pagamento antecipado a credores,⁷⁶⁸ (vi) defere

civis comentadas, nota 189-2, p. 491; NERY JR., Nelson, *Princípios fundamentais – Teoria geral dos recursos*, n. 3.4.1.1., p. 245-247; e NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, nota 207-3a, p. 1.506 (sobre a lei anterior). Em sentido contrário (lei anterior): “É verdade que se tem decidido que o Código de Processo Civil é de aplicação supletiva à lei falimentar, mas não possui ele força no sentido de introduzir recursos que a norma específica não previu, dada justamente sua invocação subsidiária” (ABRÃO, Nelson. *Curso de direito falimentar*, n. 263, p. 297). Ainda neste último sentido: COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, n. 354, p. 415-416 (analisando a LRF); ARMANDO, J. Netto. *Irrecorribilidade da decisão homologatória da desistência da concordata preventiva*, RT 366/330; e REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*, 13. ed., v. 2, n. 462, p. 188.

⁷⁶¹ Neste sentido (no regime da lei pretérita): “A aplicação subsidiária do Código de Processo Civil permite que a parte que se inconforma com as decisões proferidas em processos falimentares, mesmo sem constar do elenco das decisões recorríveis na lei específica, venha a se utilizar do agravo de instrumento, não se compreendendo fiquem os litigantes ou interessados nos processos de concordata e falência sem acesso à instância recursal” (RT 590/120). No mesmo sentido, vide os acórdãos referidos nas notas subseqüentes, e mais os seguintes: RT 469/103, 544/201, 545/195, 546/226, 595/71 e 602/69; RJTJESP 81/199, 83/220, 91/278, 92/278, 92/279, 97/321 98/316, 131/210 e 134/334; e JTJ 230/219. Em sentido contrário (no regime da lei anterior): “A Lei de Falências, de natureza especial, é ao mesmo tempo subjetiva e adjetiva, disciplinando não só o direito falencial material como o processual; neste ponto, prevê todos os recursos cabíveis e, quando não os concede expressamente, não se pode admiti-los por aplicação da lei processual comum” (RT 563/92). Ainda nesta linha: RT 396/192, 438/137, 503/111, 545/95, 545/195, 562/97 e 563/263; e RJTJESP 7/258, 35/178, 41/215, 50/253, 51/227, 51/228, 63/220, 78/252 e 92/209.

⁷⁶² Cf. (lei atual): TJSP, Câ. Esp. de Fal. e Rec., AI 414.218-4/3-00, rel. Des. Boris Kauffmann, v.u., j. 19.10.2005 (agravo contra decisão que, no processo de falência, determinou a realização de audiência de instrução). No mesmo sentido (lei anterior): RT 507/119, 512/123 e 602/69; e RJTJESP 98/316. Em sentido contrário (lei anterior): RT 503/111 e 521/135. Decisão de tal magnitude, que tem matiz constitucional, não poderia ser imune a recurso: “Decisão inspirada na conveniência da instrução, não é ela o produto do arbítrio do juiz, insuscetível de reexame recursal, mas do seu prudente critério, suscetível, assim como as demais decisões de primeiro grau, do controle recursal dos Tribunais de segunda instância” (RTJ 85/1.013).

⁷⁶³ Cf. (lei anterior): RJTJESP 92/279.

⁷⁶⁴ Cf. (lei anterior): RJTJESP 45/235; e JTJ 212/207.

⁷⁶⁵ Cf. (lei anterior): RT 522/178, 546/226 e 589/185; e RJTJESP 83/220. Em sentido contrário (lei anterior): RT 396/192, 526/106 e 563/263; e RJTJESP 7/258 e 125/453.

⁷⁶⁶ Cf. (lei anterior): RJTJESP 134/334. Em sentido contrário (lei anterior): RJTJESP 35/178 e 78/252; e RT 438/137 e 562/97.

⁷⁶⁷ Cf. (lei anterior): RT 512/134 e 545/95 (recurso do MP); RJTJESP 92/278 e 131/346; e JTJ 230/219.

⁷⁶⁸ Cf. (lei anterior): JTJ 192/221.

o processamento da recuperação judicial⁷⁶⁹⁻⁷⁷⁰ ou indefere o pedido de sua convalidação em falência;⁷⁷¹ e (vii) homologa a desistência do pedido de recuperação judicial.⁷⁷²

Dentro dessa perspectiva, o cabimento de *recurso adesivo* no regime da Lei 11.101/2005 não deve suscitar dúvidas, notadamente porque não se trata sequer de espécie de recurso, mas apenas de forma de interposição dos recursos mencionados no art. 500 do CPC.⁷⁷³ À luz da lei anterior, os estudiosos e a boa jurisprudência orientaram-se pela sua admissibilidade,⁷⁷⁴ e assim pensamos também deva ocorrer na LRF.

⁷⁶⁹ Cf. (lei anterior): *RJTJESP* 97/321 (com a seguinte anotação: “O despacho do Juiz mandando processar o pedido de concordata não é simplesmente ordinatório. Atinge direitos de terceiros, bastando observar que impõe a suspensão de ações e execuções contra a devedora por créditos sujeitos à concordata. Ora, seria absurdo que decisão de tal porte não comportasse recurso algum”), 108/347, 127/2139, 135/302 (recurso interposto pelo MP) e 135/305; e *RT* 645/86, 657/86 e 657/148. Em sentido contrário (lei anterior): *RT* 391/175, 675/227 e 718/236; *RJTJESP* 38/149, 51/228, 99/292, 113/379 e 135/289; e *RSTJ* 155/442, 155/448 e 155/453. Ainda, no sentido da irrecorribilidade (na lei anterior), a Súmula 164 do STJ: “É irrecorrível o ato judicial que manda processar a concordata preventiva” – entendimento esse que, perante a lei nova, não deve prevalecer: seja porque a decisão de processamento não é mero despacho, pois produz efeitos expressivos (art. 52 da LRF); seja, enfim, porque não mais se prevê o cabimento de Embargos à concessão do favor legal (esse o principal argumento em que se fundava o enunciado da citada súmula, que, a bem da verdade, não emprestou adesão ao tíbio argumento de que o ato seria irrecorrível apenas porque a lei não previa a sua recorribilidade). Não é preciso grande esforço para demonstrar quão temerária e lesiva seria a orientação impeditiva de recurso contra a decisão de processamento de recuperação judicial.

⁷⁷⁰ Na linha da exegese exposta na nota precedente e defendida já na 1.ª edição destes nossos comentários (conhecendo, pois, do recurso de agravo interposto contra decisão que defere o processamento da recuperação judicial), vide: TJSC, 1.ª Câmara, Dir. Com., AI 2006.002650-7, rel. Des. Ricardo Fontes, v.u., j. 17.08.2006.

⁷⁷¹ Em sentido contrário (lei anterior): *RT* 494/67 e 512/135; e *RJTJESP* 51/227 (ao argumento de tratar-se de “despacho irrecorrível”).

⁷⁷² Cf. (lei anterior): *RT* 492/75 e 793/369; e *RJTJESP* 41/47, 81/199, 111/220 e 131/210 (com o seguinte destaque: “Nem importa que a lei especial não haja previsto o recurso: hoje, diante do Código de Processo Civil de 1973 apenas se procura adaptar diversos estatutos legais ao ali disciplinado em matéria recursal, sem que se possa esquecer, igualmente, que a Lei de Falências data do período ditatorial, decreto-lei do Estado Novo Getuliano”).

⁷⁷³ Por todos, a lição de José Afonso da Silva, em clássica monografia: “O recurso adesivo brasileiro não tem, em si, natureza de recurso. Ele não é senão um modo especial de interpor a apelação, os embargos infringentes e o recurso extraordinário (e o recurso especial). É um procedimento recursal aplicado aos (quatro) recursos (...). Como tal, o recurso adesivo não tem outra natureza do que o de procedimento especial daqueles (quatro) recursos: *modo especial de interpô-los*” (SILVA, José Afonso. *Do recurso adesivo no processo civil brasileiro*, p. 117-118).

⁷⁷⁴ Na doutrina (pela admissibilidade): REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*, 13. ed., v. 2, n. 462, p. 188. Nos tribunais (apreciando recursos adesivos interpostos em causas falimentares): STJ, 3.ª T., REsp 39.102-SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, v.u., j. 16.08.1999, DJU 04.10.1999 (falência); TJSP, 9.ª Câmara, Dir. Priv., Ap. 40.513-4, rel. Des. Ruyter Oliva, v.u., j. 19.08.1997 (habilitação de crédito); TJSP, 10.ª Câmara, Dir. Priv., Ap. 68.133-4, rel. Des. Maurício Vidigal, v.u., j. 11.11.1997 (pedido de falência); TJSP, 2.ª Câmara, Dir. Priv., Ap. 86.282-4, rel. Des. Linneu Carvalho, v.u., j. 04.08.1998 (pedido de restituição); TJSP, 10.ª Câmara, Dir. Priv., Ap. 95.383-4, rel. Des. Roberto Stucchi, v.u., j. 02.03.1999 (pedido de restituição); TJSP, 9.ª Câmara, Dir. Priv., Ap. 133.886-4, rel. Des. Silva Rico, v.u., j. 15.02.2000 (pedido de falência); TJSP, 8.ª Câmara, Dir. Priv., Ap. 134.068-4, rel. Des. César Lacerda, v.u., j. 03.04.2000 (habilitação de crédito); TJSP, 2.ª Câmara, Dir. Priv., Ap. 136.896-4, rel. Des. Osvaldo Caron, v.u., j. 28.03.2000 (pedido de restituição); TJSP, 7.ª Câmara, Dir. Priv., Ap. 208.688-4/0, rel. Des. De Santi Ribeiro, v.u., j. 12.12.2001 (revocatória); TJSP, 2.ª Câmara, Dir. Priv., Ap. 230.764-4, rel. Des. Maia da Cunha, v.u., j. 16.04.2002 (pedido de

Também nesta mesma linha, o recurso de *agravo* (arts. 522 e ss. do CPC) é admissível nos casos expressamente previstos na Lei 11.101/2005 e, ainda, contra todas as demais decisões interlocutórias proferidas nos processos concursais ou acessórios, contra as quais não se tenha previsto o cabimento de outro recurso.⁷⁷⁵

Especificamente quanto à forma de interposição do agravo (se deverá sê-lo na forma retida ou de instrumento), é preciso ter cautela na transposição direta das soluções do CPC para os processos regulados pela LRF.

De fato, pelo novo regime geral vigente do Código de Processo Civil (instituído pela Lei 11.187, de 19 de outubro de 2005), das decisões interlocutórias, em princípio, o agravo deverá ser interposto sempre sob a forma retida, “salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento” (art. 522, *caput* do CPC);⁷⁷⁶ ainda de igual modo, a forma retida deverá ser descartada nos casos em que, do pronunciamento final de primeira instância, não for cabível a apelação, hipótese em que, por isso, não haveria como se reiterar a interposição do precedente agravo retido para, assim, levá-lo à análise do tribunal *ad quem*. Por fim, a forma retida também não é impositiva quando a própria lei processual apontar a modalidade de instrumento (nessas situações, ao revés, a forma retida só poderá ser alternativamente adotada, se não prejudicar o interesse recursal ou o ulterior julgamento do agravo).

Diante disso, embora não haja genérica vedação à interposição de agravo retido nos processos regulados pela LRF (até mesmo porque a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil parece sinalizar na direção oposta), há diversas situações em que isso não se afigura admissível. Assim, não se admite agravo retido (arts. 522 e 523 do CPC), mas apenas agravo de instrumento (arts. 524 e ss. do CPC), contra os seguintes pronunciamentos judiciais: (i) decisão que decreta a falência do devedor ou defere o processamento de recuperação judicial, pois, em ambos os casos, relegar a apreciação da matéria tornaria inócua a insurgência; (ii) decisão final em impugnação de crédito, que sequer oferece outro meio para levar os temas ao conhecimento do

falência); TJSP, 5.^a Câ. Dir. Priv., Ap. 236.087-1, rel. Des. Gomes Corrêa, v.u., j. 30.11.1995 (pedido de falência); e TJSP, 1.^a Câ. Dir. Priv., Ap. 275.479-1, rel. Des. Alexandre Germano, v.u., j. 27.02.1996 (pedido de restituição); RT 506/96 (pedido de restituição); RJTJESP 51/61 (pedido de restituição) e 90/280; dentre outros.

⁷⁷⁵ Com propriedade, pôs-se em destaque a grave ilogicidade da exegese restritiva do cabimento de recursos, nos seguintes termos: “Desde que a decisão proferida no referido processo possa eventualmente ser geradora de gravame para as partes interessadas, a simples omissão na Lei de Falências não constitui óbice para que a sua reparação seja buscada através dos expedientes de impugnação recursal estatuídos pela disciplina geral do processo civil. A não se permitir a utilização do agravo de instrumento, de maior amplitude e envolvendo inclusive o juízo de retratação, o reparo teria de ser buscado através do remédio heróico do mandado de segurança, de âmbito mais restrito, sem qualquer vantagem para as partes; o que, de outra parte, estaria em desconformidade com o novo Código de Processo Civil, ao transformar o agravo de instrumento no remédio processual adequado para a reparação de qualquer gravame decorrente de decisão não terminativa do processo” (TJSP, 3.^a Câ. Civ., AI 42.477-1, rel. Des. Yussef Cahali).

⁷⁷⁶ Sobre o ponto, confira-se: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*, p. 263-264 e 458-460; e LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *O novo regime do agravo*, RAASP 85/164.

tribunal destinatário do agravo;⁷⁷⁷ e (iii) decisões interlocutórias proferidas na fase pré-falimentar ou em impugnação de crédito, porquanto, nesses casos, da decisão final não cabe (ou poderá não caber) recurso de apelação e, portanto, não haverá veículo próprio para levar o agravo retido à apreciação do órgão de segunda instância, impondo-se a incondicional admissão do agravo de instrumento.⁷⁷⁸ Fora disso, porém, não existe razão plausível para antecipadamente excluir o cabimento de agravo retido, por exemplo, contra decisões interlocutórias em pedidos de restituição⁷⁷⁹ ou em ações revocatórias,⁷⁸⁰ pois, nesses casos, da decisão final proferida na causa caberá a interposição de apelação e, conseqüentemente, a reiteração do agravo retido, para julgamento em segunda instância. Mas, mesmo nessas situações, em que o agravo retido não se apresenta *prima facie* incompatível, a urgência poderá levar a que a parte se valha da permissão legal para interpor o agravo de instrumento, hipótese em que, se o tribunal entender de forma diversa, ordenará a retenção do recurso (art. 527, inc. II, do CPC).

Assim, a regra de *conversão judicial* do agravo de instrumento em retido (art. 527, inc. II, do CPC) tem incidência nos agravos interpostos em processos regulados pela Lei 11.101/2005, atendidos, porém, os mesmos parâmetros pertinentes ao cabimento da forma retida, isto é, desde que a conversão não venha a prejudicar o interesse recursal da parte (necessidade + utilidade).

As outras modalidades de *agravo* (arts. 532, 544 e 545 do CPC) evidentemente não estão excluídas: são cabíveis nas hipóteses previstas no CPC.

⁷⁷⁷ O agravo referido no art. 17 da LRF será sempre de instrumento, exegese essa que resulta da análise do parágrafo único do citado preceito (no qual se faz referência às providências que o relator do recurso poderá adotar e que só se viabilizam no agravo de instrumento) e, sobretudo, decorre da própria lógica do sistema recursal e do princípio da efetividade, que o informa. Não teria sentido supor que o legislador tivesse imposto a utilização de recurso que não pode ser conhecido, por ausência de meio instrumental (apelação) para levá-lo ao conhecimento do órgão destinatário (cf.: ALTEMANI, Renato Lisboa; SILVA, Ricardo Alexandre da. *Manual de verificação e habilitação de créditos na Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, São Paulo: Quartier Latin, 2005, n. 5.9, p. 195-196). Na realidade, não é apenas da decisão final, mas de quaisquer decisões intermediárias da causa que o recurso cabível será o de agravo de instrumento, pois, se adotada a modalidade retida, não haveria meio de levar o tema ao conhecimento da instância superior, por não se afigurar cabível a apelação contra o pronunciamento final da fase de conhecimento.

⁷⁷⁸ Neste sentido (nos pedidos de falência, fase pré-falimentar, o agravo será sempre de instrumento): “Processual civil. Recursos. Agravo de instrumento. Interposição contra decisão interlocutória proferida em ação na qual se pede a decretação da falência. Admissibilidade. Sujeita a sentença que decreta a falência ao recurso de agravo de instrumento (Lei 11.101/2005, art. 100), contra as decisões interlocutórias proferidas na fase pré-falimentar inadmissível o agravo na forma retida (CPC, art. 522), pela ausência de apelação condutora da matéria decidida ao conhecimento do tribunal (CPC, art. 523)” (TJSP, Câ. Esp. de Fal. e Rec., AI 441.368-4/0-00, rel. Des. Boris Kaufmann, v.u., j. 07.06.2006).

⁷⁷⁹ Em sentido contrário (pelo não cabimento de agravo retido em pedido de restituição) (lei anterior): RJTJESP 58/141 e 109/203; e RT 622/64. Trata-se de orientação que, a nosso ver, está superada pela LRF (art. 189) e pelo novo regime do recurso de agravo (art. 522 do CPC).

⁷⁸⁰ Neste sentido (analisando agravo retido em ação revocatória): (lei anterior): TJSP, Ap. 59.940-4, 6.^a Câ. Dir. Priv., rel. Des. Munhoz Soares, v.u., j. 02.10.1997; TJSP, 6.^a Câ. Dir. Priv., Ap. 108.006-4, rel. Des. Reis Kuntz, v.u., j. 10.06.1999; e TJSP, 7.^a Câ. Dir. Priv., Ap. 267.720-4/9, rel. Des. De Santi Ribeiro, v.u., j. 26.11.2003.

Também as regras sobre concessão de efeito suspensivo e antecipação de tutela recursal (arts. 527, inc. III, e 558 do CPC) podem ser aplicadas aos recursos interpostos em causas regidas pela Lei 11.101/2005, não somente nas hipóteses em que isso veio expressamente previsto (art. 17, parágrafo único, da LRF), mas em todas as demais, atendidos os parâmetros definidos no CPC. Ambos os institutos, desde que habilmente manejados, são importantíssimos instrumentos de tutela provisional dos direitos dos credores, em especial dos seus direitos de voz e voto na Assembléia Geral de Credores (arts. 17, parágrafo único, 39, § 2.º, e 40 da LRF),⁷⁸¹⁻⁷⁸² evitando a prática de ato cujos efeitos, perante terceiros de boa-fé, não possam depois ser invalidados de forma eficaz (art. 39, § 3.º, da LRF).

Pelas mesmas razões acima expostas, os *embargos de declaração* podem ser interpostos contra decisões interlocutórias,⁷⁸³ sentenças e acórdãos proferidos nos processos regulados pela Lei 11.101/2005 (art. 535, incs. I e II, do CPC). Os *embargos infringentes*

⁷⁸¹ Precisamente porque o legislador proibiu a concessão de tutela judicial (cautelar ou antecipatória) para a suspensão ou adiamento da assembléia-geral de credores, em razão de pendência de discussão acerca da existência, quantificação ou classificação de créditos (art. 40 da LRF) e, mais do que isso, também impediu a automática invalidação das deliberações da assembléia-geral de credores em razão de posterior decisão judicial acerca da existência, quantificação ou classificação de créditos (art. 39, § 2.º, da LRF), a agregação de efeito suspensivo e a concessão de tutela antecipada recursal são os únicos meios eficazes de que dispõe o credor para poder participar e votar na assembléia e precaver-se dos efeitos (de difícil reversão) resultantes de deliberação tomada à sua revelia. Por identidade de razão, se a lei instituiu mecanismo de resguardo do direito de voto, também implicitamente tutelou a prática de ato antecedente: a impugnação ao plano de recuperação judicial. Ou seja, a parte poderá não apenas requerer ao juiz a concessão de tutela de emergência para assegurar a sua participação na assembléia geral de credores, como, ainda, poderá requerer que lhe seja reconhecido o direito de impugnar o plano de recuperação judicial (antecedente lógico e necessário da assembléia geral de credores). Por tal razão, o art. 40 da Lei 11.101/2005, cuja regra busca compatibilizar o interesse individual do credor com o interesse geral da comunhão de credores (massa subjetiva), prestigiando a estabilidade das decisões assembleares e, por extensão, a própria efetividade do processo concursal (que tem na celeridade a sua tônica), não é inconstitucional. Pelo citado preceito, o legislador não impediu possa o credor, que se sentir prejudicado, obter provimento judicial tendente a assegurar a sua participação na assembléia. A posição aqui exposta, de fato, foi defendida pioneiramente por Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França (aulas na USP – 2005), e a ela aderimos prontamente, reconhecendo ao mestre a sua autoria. Note-se, ademais, que o preceito não impede o adiamento da assembléia *tout court*; apenas não legitima que discussões individuais sobre a existência, quantificação e qualificação de créditos possam impedir o normal prosseguimento do processo de recuperação. Em sentido contrário, averbando o art. 40 da LRF de inconstitucional, vide: BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação e Falências comentada*, p. 121, e entrevista 'in' *Direito societário e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas* – coords. Rodrigo R. Monteiro e Leandro Santos de Aragão, p. 389; SADDI, Jairo. Suspensão e invalidação da assembléia de credores na nova Lei de Falências, *Direito societário e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, cit., p. 48; e ANDRADE, Ronaldo Alves de. *Comentários à nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências* – coords. Newton De Lucca e Adalberto Simão Filho, São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 192-193.

⁷⁸² Em sintonia com a posição defendida na nota precedente, o TJSP concedeu tutela antecipada recursal em agravo, para assegurar os direitos de voz e voto de credor habilitante na assembléia geral de credores: “Recuperação judicial. Assembléia de Credores. Participação de credor cujo nome não constou da relação elaborada pelo Administrador Judicial, mas que postulou sua habilitação na recuperação. Agravo provido para reconhecer o direito do credor de participar e votar na Assembléia, cuja habilitação de crédito ainda não foi decidida pelo Juiz” (TJSP, Câm. Esp. de Fal. e Rec., AI 431.595-4/7-00, rel. Des. Pereira Calças, v.u., j. 15.03.2006, BAASP 503/457).

⁷⁸³ O STJ acolheu esta orientação (no processo civil em geral): “A circunstância de ser cabível agravo de instrumento não afasta a possibilidade do pedido de declaração. Se a decisão for omissa, obscura

são igualmente admissíveis (art. 530 do CPC).⁷⁸⁴ E, nos Tribunais superiores, os *embargos de divergência* também o são (art. 546 do CPC).

O *recurso extraordinário* e o *recurso especial* evidentemente não sofrem quaisquer limitações, até mesmo porque são recursos de índole constitucional (arts. 102, inc. III, e 105, inc. III da CF). Quando interpostos contra decisões proferidas em agravos tirados em processos de falência e recuperação, não devem ser retidos na origem e, por isso, devem ser imediatamente processados (art. 542, § 3.º, do CPC).⁷⁸⁵

356.2 *Recursos: efeitos*

Em todos os casos, aplicam-se subsidiariamente as regras gerais do Código de Processo Civil sobre os efeitos ordinários dos recursos civis (art. 520 do CPC) e a possibilidade excepcional de agravação de efeito suspensivo (arts. 527, inc. III, e 558 do CPC).

356.3 *Ordem dos processos no tribunal*

Também as regras gerais do Código de Processo Civil sobre a *ordem dos processos no tribunal* (arts. 547 a 565 do CPC) incidem nos feitos concursais.

O procedimento de *uniformização de jurisprudência* (arts. 476 a 479 do CPC) – que não tem natureza recursal (por faltar os atributos da voluntariedade, da tipicidade e da devolutividade) e diante do qual os juízes têm indiscutível margem de discricão para decidir sobre a conveniência de sua instauração – não é incompatível com o regime da Lei 11.101/2005.⁷⁸⁶

356.4 *Agravo e sustentação oral*

O Dec.-lei. 7.661/1945, como antes anotado, não possuía regra tão extensa como a do art. 189 da LRF, mas, apesar disso, previa, no seu art. 207, *caput* (com a redação dada pela Lei 6.014/1973), que “o processo e os prazos da apelação e do agravo de instrumento são os do Código de Processo Civil” e, ademais, no seu § 1.º, prescrevia que “em segunda instância, o relator terá o prazo de dez dias para o exame dos autos, e, na sessão do julgamento, a cada uma das partes será concedida a palavra pelo prazo de dez minutos”. Diante disso, considerando que o *caput* do art. 207 referia-se aos recursos de apelação e de agravo e considerando que o § 1.º aludia ao direito à sustentação oral, sem restringi-lo à apelação, prevaleceu o entendimento de que o direito à sustentação oral deveria ser assegurado às partes por ocasião do julgamento de qualquer um dos aludidos recursos: seja porque a lei não distinguia, e ao intérprete seria defeso fazê-lo; seja porque constitui regra tradicional de

ou contraditória, necessário que as deficiências sejam sanadas, até para que seja possível exercer com amplitude o direito de pedir-lhe a reforma” (RSTJ 46/548).

⁷⁸⁴ Continua atual o enunciado da Súmula 88 do STJ: “São admissíveis embargos infringentes em processo falimentar”.

⁷⁸⁵ Cf.: “O recurso especial interposto em agravo de instrumento manifestado contra decretação de falência não deve permanecer retido nos autos, por não se tratar de hipótese descrita no art. 542, § 3.º, do CPC, com a redação dada pela Lei 9.756/1998” (STJ, 4.ª T., REsp 203.791-MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, v.u., j. 08.06.1999, DJU 28.06.1999). No mesmo sentido: STJ, 4.ª T., REsp 107.219-MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, v.u., j. 02.09.1999, DJU 11.10.1999.

⁷⁸⁶ Neste sentido (lei anterior): ABRÃO, Nelson, *Curso de direito falimentar*, n. 263, p. 298. Em sentido contrário (lei anterior): RP 4/407.

exegese considerar que o parágrafo se refere às hipóteses previstas na cabeça do artigo (cf.: art. 11, inc. III, c, da LC 95/1998); seja, enfim, porque não raro as questões mais relevantes para o desenvolvimento do procedimento concursal são resolvidas através de decisões impugnáveis por agravo (p. ex., a decisão decretatória de falência), motivo de per si suficiente para exigir pleno atendimento aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sem obstáculos ou limitações. Essa foi a exegese que prevaleceu no regime da lei pretérita, não só na doutrina,⁷⁸⁷ mas também nos tribunais, que a consagraram na jurisprudência⁷⁸⁸ e, até mesmo, nos seus regimentos internos.⁷⁸⁹

Surpreendentemente, porém, a nova Lei 11.101/2005 não contém qualquer regra a respeito da sustentação oral, apenas determinando a aplicação supletiva do CPC. Sucede, no entanto, que, pelo regime geral do CPC, o direito à sustentação oral em segunda instância existe apenas no julgamento dos recursos de apelação e de embargos infringentes, mas não no de agravo (art. 554 do CPC).⁷⁹⁰ Assim, pela literalidade da lei, doravante, não mais existirá direito à sustentação oral no agravo em processos de falência e nos de recuperação, embora não se possa excluir as forças da inércia, da praxe e do bom senso dos magistrados, a relevar o evidente lapso legislativo. Tanto mais porque, se da sentença que julga improcedente o pedido de falência cabe apelação, e nesse caso a parte tem assegurado o direito à sustentação oral, não há razão lógica para que, na situação inversa, se recuse o direito à sustentação oral, apenas porque o recurso cabível é o de agravo.⁷⁹¹ Teresa Arruda Alvim

⁷⁸⁷ Cf.: PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata*, 5. ed., n. 1.577, p. 976; REQUIÃO, Rubens, *Curso de direito falimentar*, 13. ed., v. 2, n. 462, p. 189; e BATALHA, Wilson de Souza Campos e RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina L. Batalha de. *Falências e concordatas*, n. 202.7, p. 1.010. Em sentido contrário, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery sustentam que os parágrafos do art. 207 do Dec.-lei 7.661/1945 teriam sido revogados pela Lei 6.014/1973 (Lei de adaptação da legislação então em vigor às regras do CPC/1973), pois “nem foi utilizada a técnica de alterar-se o *caput* e de, em seguida, repetirem-se os pontos indicando a permanência dos parágrafos. Assim, houve revogação mesmo dos referidos parágrafos” (NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*, nota 207-5, p. 576). A nosso ver, não houve a apontada revogação, porquanto o art. 5.º da Lei 6.014/1973 cingiu-se a expressamente dar nova redação ao “*caput* do art. 207 do Dec.-lei 7.661, de 21 de junho de 1945”; não deu nova redação ao artigo inteiro sem ressaltar os parágrafos (hipótese essa em que se legitimaria a inferência de revogação implícita), mas, pelo contrário, atribuiu nova redação *somente* à cabeça da disposição: os parágrafos, assim, foram mantidos em vigor, porque compatíveis com a nova redação dada somente à cabeça (art. 2.º, § 1.º, da LICC).

⁷⁸⁸ Cf. (lei anterior): “Na sessão de julgamento do agravo de instrumento contra decisão proferida em processo de falência, será concedida palavra à parte, por dez minutos, nos termos do art. 207, § 1.º, do Dec.-lei 7.661/1945” (STJ, REsp 246.587-PR, 4.ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, v.u., j. 05.06.2003, DJU 25.08.2003, p. 310).

⁷⁸⁹ Os seguintes regimentos internos, por exemplo, prevêem a sustentação oral em agravos interpostos em processos falimentares: RITJSP, art. 465, inc. I; RITJPR, art. 167, inc. III; RITJRJ, art. 208; e RITJSC, art. 110, § 4.º.

⁷⁹⁰ Na realidade, o Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994) pretendeu assegurar o direito à sustentação oral em todo e qualquer recurso, transferindo o seu exercício para após a leitura do relatório da causa pelo relator (art. 7.º, inc. IX). O preceito, porém, foi impugnado por ação direta de inconstitucionalidade e, após ter a sua eficácia liminarmente suspensa em 03.08.1994 (RTJ 178/67 e RDA 200/201), foi definitivamente julgado inconstitucional pelo STF (ADIn 1.105 e 1.127). Embora, no caso, a discussão estivesse centrada em definir se a realização da sustentação oral após o voto do relator seria admissível, julgou-se inconstitucional todo o inciso.

⁷⁹¹ Nesse sentido conforme, já se decidiu: “Sustentação oral. Agravo de instrumento. Cabimento, no processo falimentar, apenas quando interposto contra sentença declaratória de quebra, porque

Wambier, nesta linha, entende que, mesmo diante da letra do art. 554 do CPC, o direito à sustentação oral deve existir em todos os casos nos quais a decisão atacada pelo agravo tem conteúdo de sentença.⁷⁹² Assim pensamos, realmente, que deva ser.

357. Lei subsidiária em processo penal

Apesar de o art. 189 da LRF enunciar, genericamente, que o Código de Processo Civil aplicar-se-ia, no que couber, aos procedimentos previstos na Lei 11.101/2005, o legislador, neste ponto, *potius dixit quam voluit* (disse mais do que pretendeu exprimir), já que a regra é excepcionada em matéria processual penal. Por isso, o art. 189 da LRF deve ser interpretado conjuntamente com o art. 188 da mesma Lei, de acordo com o qual o Código de Processo Penal aplica-se subsidiariamente aos procedimentos penais regulados na Lei 11.101/2005, naquilo em que com ela não for incompatível.

358. Lei subsidiária em direito material

Apesar de o legislador não ter previsto expressamente, a lei subsidiária à Lei 11.101/2005 em direito material é o Código Civil, diploma esse que, na atualidade, é a lei geral em matéria empresarial.⁷⁹³

Art. 190. Todas as vezes que esta Lei se referir a devedor ou falido, compreender-se-á que a disposição também se aplica aos sócios ilimitadamente responsáveis.

MARCELO VIEIRA VON ADAMEK

359. Aplicação das regras da Lei 11.101/2005 aos sócios ilimitadamente responsáveis

O art. 190 da Lei 11.101/2005 (LRF) prevê a aplicação das suas disposições, nas quais se faça referência a devedor ou falido, também aos sócios ilimitadamente responsáveis. Não obstante essa regra geral, em vários preceitos, a Lei 11.101/2005 refere-se, de forma direta, ao sócio de responsabilidade ilimitada, como ao tratar: (i) da suspensão da prescrição e das ações e execuções contra ele propostas, em razão da falência ou da recuperação judicial da sociedade (art. 6.º da LRF);⁷⁹⁴ (ii) da habilitação de crédito de seus credores particulares (art.

nessa hipótese tal recurso assume o efeito da apelação” (TJSP, Câm. Esp. Fal. e Rec., AI 411.514-4/2-00, rel. Des. Elliot Akel, v.u., j. 28.09.2005).

⁷⁹² É o que se colhe da seguinte passagem de sua festejada obra: “Por disposição legal expressa, inexistente possibilidade de que as partes sustentem oralmente suas razões no procedimento do agravo de instrumento (art. 554). Entendemos que a vedação à realização de sustentação oral deve aplicar-se apenas aos casos em que a decisão agravada tem conteúdo de decisão interlocutória (...). Há casos em que, não obstante seja cabível o recurso de agravo, a decisão recorrida tem conteúdo de sentença (...). Em casos como o ora exemplificado, deverá ser permitida a realização de sustentação oral, não incidindo a vedação do art. 554 do CPC” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*, p. 310).

⁷⁹³ Apenas a Parte Segunda – “Do Comércio Marítimo” do Código Comercial (Lei 556, de 25 de junho de 1850) continua em vigor.

⁷⁹⁴ A Lei 11.101/2005 ora refere-se a “sócio de responsabilidade ilimitada” ora a “sócio solidário”. A dessemelhança, porém, não vai aqui além da expressão gramatical: nas sociedades de respon-

20 da LRF); (iii) do vencimento antecipado de suas dívidas pela decretação da falência, bem como da conversão dos créditos em moeda estrangeira (art. 77 da LRF); (iv) da decretação conjunta de sua falência, por efeito da falência da sociedade (art. 81 da LRF); (v) da sujeição dos credores ao juízo falimentar e às prescrições da lei de quebras (art. 115 da LRF); (vi) dos efeitos de sua falência em relação aos seus garantes e coobrigados (art. 128 da LRF); e, por fim, (vii) da extinção de suas obrigações (reabilitação) (art. 160 da LRF).

360. Falência da sociedade empresária e o sócio de responsabilidade ilimitada

O Dec.-lei 7.661/1945 não possuía regra análoga à em análise e apenas previa, no art. 5.º, *caput*: “Os sócios solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações sociais não são atingidos pela falência da sociedade, mas ficam sujeitos aos demais efeitos jurídicos que a sentença declaratória produza em relação à sociedade falida. Aos mesmos sócios, na falta de disposição especial desta Lei, são extensivos todos os direitos e, sob as mesmas penas, todas as obrigações que cabem ao devedor ou falido”. Essa regra da lei antiga era mais branda do que a atual, pois, em caso de falência da sociedade, não previa a extensão da falência aos sócios de responsabilidade ilimitada (que, portanto, não se consideravam falidos); operava-se, portanto, apenas a extensão dos *efeitos* da falência da sociedade ao sócio de responsabilidade ilimitada.⁷⁹⁵ Waldemar Ferreira entendia, porém, que a diferença era simplesmente semântica, pois a sujeição do sócio de responsabilidade ilimitada aos efeitos da falência equivalia praticamente a tê-lo por falido, e, justamente por isso, verberou a opção do legislador de 1945, discrepante da tradição do direito falimentar brasileiro de até então.⁷⁹⁶ A crítica, porém, não era partilhada por todos os estudiosos.⁷⁹⁷

sabilidade ilimitada, a solidariedade estabelece-se entre os vários sócios, os quais respondem subsidiariamente (ou secundariamente) pelas obrigações sociais, sem limitações. Têm responsabilidade ilimitada: (i) os sócios de sociedade em nome coletivo (art. 1.039 do CC); (ii) os sócios comanditados de sociedade em comandita simples (art. 1.045 do CC); e (iii) o acionista diretor ou gerente de sociedade em comandita por ações (art. 1.091 do CC; e art. 282 da LSA). Além disso, na sociedade em comum (não personificada), os sócios também têm responsabilidade ilimitada (art. 990 do CC). Na sociedade em conta de participação (igualmente não personificada), quem pode ter a falência eventualmente decretada é o sócio ostensivo (art. 991 do CC), que realiza e responde pelos negócios com terceiros (sobre o ponto, vide: *RJTJESP* 89/130).

⁷⁹⁵ Neste sentido (na lei anterior): os sócios de responsabilidade ilimitada ou solidária “nem por isso podem ser declarados falidos em caso de falência da sociedade. Mas seus bens particulares sujeitam-se à arrecadação juntamente a dos bens sociais” (*RT* 202/303 e *RF* 152/264). A LRF adotou regra distinta.

⁷⁹⁶ De fato, ao criticar o art. 5.º do Dec.-lei 7.661/1945, Waldemar Ferreira frisou: “No intuito de fortalecer o crédito comercial e de assegurá-lo convenientemente, a lei brasileira, tradicionalmente, envolveu os sócios de responsabilidade solidária e ilimitada na falência social. Não se afastou, quanto a isso, do princípio predominante no direito universal. Desde que os sócios não providenciam por evitar a quebra, são atingidos por ela. Pensou-se, todavia, em mudar de diretrizes, não declarando a falência dos sócios de tal natureza, mas sujeitando-os aos preceitos e rigores da lei falimentar, como se falidos fossem. Suprimindo o qualificativo, nem por isso se mudaria a essência das coisas. Mais valeria, dessarte, conservar o que o passado já consolidara, em prol do comércio” (FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*, v. 14, n. 3.702, p. 481-482). E ainda acrescentou: “Na tradição brasileira, tão salutar, a falência da sociedade acarretava a dos sócios ilimitadamente responsáveis. Acabou-se com isso, mas apenas terminologicamente. O sócio solidário não é mais declarado falido, mas fica sujeito aos dispositivos falimentares, como se o fosse” (Idem, n. 3.414, p. 49).

⁷⁹⁷ Vide: VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 1, 3. ed., n. 43, p. 75-76; e BESSONE, Darcy. *Instituições de direito falimentar*, n. 146, p. 202.

A Lei 11.101/2005 retorna ao regime anterior ao Dec.-lei 7.661/1945, prevendo que os sócios de responsabilidade ilimitada não ficam apenas sujeitos aos efeitos da falência; eles também vêm a falir juntamente com a sociedade e, por isso, devem ser citados para apresentar contestação, se assim o desejarem.⁷⁹⁸ Vide comentários ao art. 81 da LRF.

Bem diversa, porém, é a situação dos sócios de responsabilidade limitada, que, ordinariamente, não são diretamente atingidos pela decretação da falência da sociedade empresária e cuja eventual responsabilidade (sempre resultante da prática de operações e atos específicos, e não pura e simplesmente do *status socii*) é apurada no próprio juízo da falência. Sobre o ponto, veja os comentários ao art. 82 da LRF.

Art. 191. Ressalvadas as disposições específicas desta Lei, as publicações ordenadas serão feitas preferencialmente na imprensa oficial e, se o devedor ou a massa falida compor, em jornal ou revista de circulação regional ou nacional, bem como em quaisquer outros periódicos que circulem em todo o País.

Parágrafo único. As publicações ordenadas nesta Lei conterão a epígrafe “recuperação judicial de”, “recuperação extrajudicial de” ou “falência de”.

MARCELO VIEIRA VON ADAMEK

361. Publicação de editais

A regra geral de publicação dos vários editais mencionados na Lei 11.101/2005 (LRF) encontra-se no art. 191. Como regra geral, aplica-se aos vários editais previstos na Lei 11.101/2005,⁷⁹⁹ naquilo em que não conflitar com as regras especiais (p. ex., o

⁷⁹⁸ Os sócios de responsabilidade ilimitada não adquirem, por esta só condição, o *status* de empresário (art. 966 do CC); poderão até sê-lo, em razão de exercerem atividade econômica organizada de produção ou circulação de bens ou serviços para o mercado. Mas não serão assim considerados, apenas por serem sócios de sociedade empresária: a mera assunção de risco não é para tanto suficiente; o que importa considerar é a titularidade da empresa (atividade empresarial), imputável à sociedade. Com isso, e por exceção à regra geral do art. 1.º da LRF, criou-se hipótese especialíssima em que, no direito pátrio, o não-empresário pode vir a ter a sua falência decretada; jamais isoladamente, mas necessariamente em conjunto com a sociedade, processando-se cumulativamente, nos mesmos autos, e sob os auspícios do mesmo juiz e do mesmo administrador judicial, duas ou mais falências. Nisso, não há qualquer incompatibilidade sistêmica. A decretação extensiva da falência dos sócios de responsabilidade ilimitada não tem nenhuma relação necessária com a sua qualidade de empresário, de resto não resultante do simples *status socii*. O que a justifica é, e sempre foi, a necessidade de tornar efetiva a regra de responsabilidade ilimitada, fortalecendo, por conseqüência, o crédito nestes tipos societários. Sobre o ponto, vide: FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*, 8. ed., n. 358, p. 584-585.

⁷⁹⁹ Os editais previstos na LRF são os seguintes, por ordem cronológica: (i) edital com a relação de credores (art. 7.º, § 2.º, da LRF); (ii) edital de publicação do quadro geral de credores (art. 18, parágrafo único, da LRF); (iii) edital de convocação da assembleia-geral de credores (art. 36 da LRF); (iv) edital de convocação dos credores para declararem crédito na recuperação judicial (art. 52, § 1.º, da LRF); (v) edital de aviso aos credores para manifestação sobre o plano de recuperação judicial (art. 53, parágrafo único, da LRF); (vi) edital de convocação dos credores para declararem crédito em falência (art. 99, parágrafo único da LRF); (vii) edital de convocação de interessados para participarem da alienação de ativos da massa por meio de leilão, propostas ou pregão (art. 142, § 4.º, da LRF); (viii) edital de publicação da sentença de encerramento da falência (art. 156, parágrafo único, da LRF); (ix) edital sobre o pedido de extinção das obrigações do falido (art. 159,

art. 36 da LRF exige a publicação de editais nas localidades da sede e filiais, o que deve ser atendido, mas não se refere à epígrafe, tendo aplicação, neste ponto, a regra do art. 191, parágrafo único, da LRF).

Diversamente do Dec.-lei 7.661/1945, a Lei 11.101/2005 não prevê a gratuidade da publicação de editais pela imprensa oficial.

A Lei 11.101/2005 também não se refere expressamente à incumbência do escrivão expedir os editais e certificar nos autos a sua publicação, sob pena de responsabilidade civil – como sucedia na lei anterior (arts. 16, parágrafo único, e 205, § 1.º, do Dec.-lei 7.661/1945). Contudo, no silêncio da LRF, são invocáveis as regras do Código de Processo Civil (arts. 141, incs. I e II, e 144, incs. I e II do CPC), lei subsidiariamente aplicável (art. 189 da LRF).

362. Publicações pela imprensa

A regra geral é de que as publicações serão, sempre e sempre, feitas na imprensa oficial; e, se o devedor ou a massa comportar, em jornal ou revista de circulação regional ou nacional, ou outros periódicos que circulem em todo País.⁸⁰⁰ A conjunção aditiva “e” indica que a publicação pela imprensa oficial é sempre necessária, não sendo substituída pela realizada em jornais ou revistas de circulação regional ou nacional. Neste sentido, “preferencialmente” serve apenas para deixar claro que, não havendo fundos disponíveis, é a publicação pela imprensa oficial que deve ser atendida.

O art. 191 da LRF é excepcionado por outros artigos, nos quais se exige, de forma expressa, a publicação cumulativa de editais na imprensa oficial e em outros tipos de periódicos indicados (arts. 36, 159, § 1.º, e 164 da LRF).⁸⁰¹ Quando o legislador prevê

§ 1.º, da LRF); e (x) edital sobre o pedido de homologação de plano de recuperação extrajudicial (art. 164, *caput*, da LRF). Todas essas disposições especiais da Lei 11.101/2005 traçam regras específicas sobre o conteúdo dos editais, e devem ser atendidas.

⁸⁰⁰ Ao disciplinar as publicações, o legislador alude expressamente a “jornal”, “revista” e “outros periódicos”, sinalizando que “periódicos” seria o gênero, do qual “jornal” e “revista” seriam algumas de suas espécies. Os sentidos gramaticais das palavras são os seguintes: (i) periódico: “Diz-se de ou publicação (jornal, revista etc.) que aparece em intervalos fixos ou regulares”; (ii) jornal: “Publicação *diária*, com notícias sobre o cenário político, nacional e internacional, informações sobre todos os ramos do conhecimento, entrevistas, comentários etc.; gazeta, periódico”; e (ii) revista: “Publicação *periódica*, destinada a grande público ou a um público específico, que reúne, em geral, matérias jornalísticas, esportivas, econômicas, informações culturais, conselhos de beleza, moda, decoração etc.” (cf.: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*). 15. reimp. São Paulo: Nova Fronteira, s.d.

⁸⁰¹ Nem sempre, porém, é possível concordar com a opção legislativa de exigir ou dispensar ampla publicidade aos editais. Na recuperação extrajudicial, por exemplo, o edital de convocação dos credores deve ser publicado “no órgão oficial e em jornal de grande circulação nacional ou das localidades da sede e das filiais do devedor” (art. 164 da LRF). Na recuperação judicial, porém, procedimento que congrega universo mais amplo de credores (arts. 49 e 161, § 1.º, da LRF), foi feita referência apenas à publicação do edital de convocação de credores no órgão oficial (art. 52, § 1.º, da LRF), provavelmente porque, ao lado da comunicação por edital, foi ainda prevista a incumbência do administrador judicial enviar correspondência aos credores constantes da relação apresentada pelo devedor (arts. 22, inc. I, a, e 51, inc. III, da LRF). Mas, nessa última situação, parece não ter sido bem sopesada a situação dos credores omitidos na relação e nem mesmo os efeitos do previsível atraso por parte do administrador judicial em promover o envio das correspondências, e o conseqüente prejuízo para os credores. Assim, quando menos, ao edital do art. 7.º, § 2.º, da LRF deverá ser dada ampla publicidade.

a publicação cumulativa pela imprensa oficial e em outros periódicos, a regra especial deve ser respeitada; nos casos, porém, em que apenas se refere à publicação pela imprensa oficial, não fica afastada a incidência da regra geral do art. 191 da LRF e, por isso, se houver fundos e a medida se justificar, o juiz deverá ordenar a publicação cumulativa na imprensa oficial e em outros periódicos. Sobretudo assim haverá de dispor-se, em relação a situações análogas ou, até mesmo, de menor relevância, a LRF expressamente exigiu ampla publicidade: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*.

No tema, cumprirá ao juiz não ser por demais complacente e liberal com o devedor, aceitando genericamente a escusa (de certo verdadeira, mas nem por isso necessariamente leal e honesta) de que a publicação em periódicos particulares é custosa. Custosa é, sempre foi e, tudo indica, sempre será. Mas, para além da escolha mais econômica, prevalece o interesse coletivo em dar publicidade aos atos concursais, evitando que os credores e demais interessados fiquem alijados de seu processamento, ou não possam tempestivamente se insurgir, por não terem tido ciência oportuna.

Ainda a propósito da regra geral, vale notar que, sempre em caráter secundário e cumulativamente com a imprensa oficial, a publicação poderá ser feita: (i) em jornal ou revista de circulação regional ou nacional; ou (ii) outros periódicos de circulação nacional – o que implica dizer que, se não se tratar de jornal ou revista, não se admitirá a realização de publicações em outros periódicos de circulação regional, só nacional.

363. Meio ou suporte

A redação do preceito não especifica o meio ou suporte dos periódicos, motivo pelo qual, a rigor, nada impede que sejam levadas a efeito em meio eletrônico, através da rede mundial de computadores, e não apenas em suporte papel. O valor tutelado pela regra é o da maior publicidade possível dos atos de comunicação, difundindo a informação junto à coletividade relevante para o caso (p. ex., os credores, nos atos de convocação de procedimentos; os eventuais licitantes, em leilões, e assim por diante). Por isso, desde que esse valor seja preservado, nada impede que a publicação seja feita em suporte eletrônico – meio esse de difusão de informação que tende a se tornar cada vez mais acessível e popular, embora se reconheça que, na atualidade, essa não seja ainda a realidade brasileira. Por isso, no atual estágio social de desenvolvimento, a publicação em meio eletrônico será sempre complementar à publicação em suporte papel (em diário oficial e em periódico particular), sem a dispensar.⁸⁰²

364. Epígrafe

Todas as publicações ordenadas pela Lei 11.101/2005 deverão ser precedidas da epígrafe indicativa do procedimento concursal e do nome empresarial do devedor (art. 191, parágrafo único da LRF). Com isso, pretende-se, evidentemente, facilitar a detecção das publicações, nos periódicos, pelos seus destinatários, através do destaque da epígrafe.⁸⁰³ É medida de salutar cautela, a ser seguida na estruturação formal de qualquer edital.

⁸⁰² Em sentido diverso, Fábio Ulhoa Coelho sustenta que a “veiculação de anúncios na rede mundial de computadores (*internet*) atende também à figura do periódico de circulação nacional, mencionada no fim da cabeça do artigo” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, n. 356, p. 417).

⁸⁰³ Epígrafe tem, no preceito, o sentido de título ou frase que, colocada no início do edital, serve de tema ao assunto ou para resumir o sentido ou situar a motivação do texto; mote.

Art. 192. Esta Lei não se aplica aos processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente ao início de sua vigência, que serão concluídos nos termos do Decreto-lei 7.661, de 21 de junho de 1945.

§ 1º Fica vedada a concessão de concordata suspensiva nos processos de falência em curso, podendo ser promovida a alienação dos bens da massa falida assim que concluída sua arrecadação, independentemente da formação do quadro-geral de credores e da conclusão do inquérito judicial.

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

§ 3º No caso do § 2º deste artigo, se deferido o processamento da recuperação judicial, o processo de concordata será extinto e os créditos submetidos à concordata serão inscritos por seu valor original na recuperação judicial, deduzidas as parcelas pagas pelo concordatário.

§ 4º Esta Lei aplica-se às falências decretadas em sua vigência resultantes de convalidação de concordatas ou de pedidos de falência anteriores, às quais se aplica, até a decretação, o Decreto-lei 7.661, de 21 de junho de 1945, observado, na decisão que decretar a falência, o disposto no art. 99 desta Lei.

§ 5º O juiz poderá autorizar a locação ou arrendamento de bens imóveis ou móveis a fim de evitar a sua deterioração, cujos resultados reverterão em favor da massa.

§ 5.º acrescentado pela Lei 11.127 de 28 de junho de 2005

MARCELO VIEIRA VON ADAMEK

365. Direito intertemporal

O art. 192 da Lei 11.101/2005 (LRF) trata de questões de direito intertemporal, pois tem por objetivo “fixar o alcance do império de duas normas que se seguem reciprocamente”.⁸⁰⁴ Neste aspecto, contempla solução híbrida, emprestando ultratividade ao Dec.-lei 7.661/1945, em certas situações, e aplicação imediata da lei nova (não-retroativa, portanto), noutras situações abaixo referidas, abrangendo inclusive casos pendentes.⁸⁰⁵

A inserção de regra de direito intertemporal nas leis falimentares, como a do art. 192 da LRF, conquanto seja insuficiente para solucionar todas as delicadas e difíceis questões suscitadas pelo conflito de leis no tempo (agravadas pela imbricação de regras de direito material e processual num mesmo diploma e, não raras vezes, até num mesmo artigo de lei), tem sido corriqueira em nosso País e, na única vez em que isso não sucedeu, grande foi a celeuma daí resultante.⁸⁰⁶ Portanto, andou bem o legislador em não ter se distanciado de nossa praxe legislativa.

⁸⁰⁴ Cf.: MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal (ou teoria da retroatividade das leis)*, n. 1, p. 7.

⁸⁰⁵ “Aplicação imediata” e “retroatividade” são realidades distintas: “Retroatividade é a imposição do império de uma lei a fatos pretéritos ou a situações consumadas antes da vigência, enquanto que aplicação imediata é a sua imposição a fatos e situações pendentes quando entra em vigor” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da Reforma*, n. 14, p. 46).

⁸⁰⁶ Cf.: VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 3, 3. ed., n. 1.195-1.997, p. 132-133. No direito anterior, vide: (i) Dec. 917/1890, art. 156; (ii) Lei 2.024/1908, art. 190; (iii) Dec. 5.746/1929 (omisso); e (iv) Dec.-lei 7.661/1945, art. 216.

365.1 *Ultratividade do Dec.-lei 7.661/1945*

Da conjugação dos preceitos contidos no *caput* e no § 4.º do art. 192 da Lei 11.101/2005, extraem-se as seguintes regras atributivas de ultratividade. Apesar do disposto no art. 200 da nova lei, os preceitos do Dec.-lei 7.661/1945 continuarão a se aplicar: (i) às falências *decretadas* antes da entrada em vigor da lei nova, seguindo os preceitos da lei antiga até o seu fim,⁸⁰⁷ com as únicas modificações de que não será admissível a concessão de concordata suspensiva, a alienação de bens da massa poderá ser iniciada tão-logo venha a ser concluída a arrecadação, independentemente da formação do quadro geral de credores ou da conclusão de inquérito judicial, e, por fim, o juiz poderá, ainda, autorizar a locação ou o arrendamento de bens imóveis ou móveis da massa, a fim de evitar a sua deterioração (art. 192, *caput* e §§ 1.º e 5.º da LRF);⁸⁰⁸ (ii) às falências *requeridas* sob o império da lei antiga⁸⁰⁹ até a sua decretação (seguindo daí em diante as prescrições da lei nova, inclusive em relação aos requisitos e determinações essenciais da decisão

⁸⁰⁷ Nesta linha: “A nova Lei de Falências 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, não se aplica aos casos em que a decretação da quebra ocorreu sob a égide da norma anterior” (TJSC, 3.ª Câm. Dir. Com., AI 2005.013420-3, rel. Des. Fernando Carrioni, v.u., j. 03.11.2005). Por isso, decretada a falência na vigência da lei anterior, o MP deve continuar a ser ouvido em toda ação proposta pela massa ou contra essa (Dec.-lei 7.661/1945, art. 210) sob pena de nulidade (cf.: TJMG, 1.ª Câm. Civ., Ap. 1.0672.98.000420-0/0001(3), rel. Des. Eduardo Andrade, v.u., j. 13.12.2005, DJ 20.01.2006).

⁸⁰⁸ Ao se referir expressamente a “inquérito judicial”, o legislador deixa claro que os inquéritos em curso, e mesmo aqueles iniciados em processos transitoriamente regulados pelos preceitos da lei antiga, continuarão sendo processados em juízo; não poderão ser remetidos às delegacias de polícia. Os tribunais assim têm decidido (cf.: TJRS, 6.ª CC., AI 70.012.662.656, rel. Des. Artur Arnildo Ludwig, v.u., j. 10.11.2005; TJRS, 6.ª CC., AI 70013682612, rel. Des. Ubirajara Mach de Oliveira, v.u., j. 26.01.2006; e TJRS, 5.ª CC., AI 70013355169, rel. Des. Leo Lima, m.v., j. 08.03.2006. Pela mesma razão, “tratando-se de falência decretada antes da vigência da Lei 11.101/2005, o inquérito judicial, também iniciado anteriormente, segue o disposto no Dec.-lei 7.661/1945” (TJRS, 6.ª CC., AI 70013111547, rel. Des. Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, j. 18.05.2006). Ou seja, nos processos regulados pela lei anterior, continuam a existir inquéritos judiciais (cf.: TJMG, 3.ª CC., AI 1.0701.05.114691-1/001(1), rel. Des. Maciel Pereira, v.u., j. 06.04.2006, DJ 05.05.2006).

⁸⁰⁹ Cf. (os pedidos de falência ajuizados sob a égide da lei antiga continuam a tramitar de acordo com suas disposições): “Agravado de instrumento. Pedido de falência ajuizado antes da entrada em vigor da Lei 11.101/2005. Aplicabilidade de tal diploma legal. Inteligência de seu art. 192. Princípio da irretroatividade da lei nova. Art. 5.º, inc. XXXVI, da CF e 6.º da LICC. Doutrina a respeito. Determinação de emenda da inicial que não se sustenta. Recurso provido, em decisão monocrática, determinando-se o prosseguimento do feito pelo rito do Dec.-lei 7.661/1945” (TJRS, 6.ª CC., AI 70012796660, rel. Des. Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, j. 01.09.2005). “Agravado de instrumento. Pedido de falência. Aplicação do Dec.-lei 7.661/1945. Sendo ajuizado o pedido de falência antes da entrada em vigor da nova lei, deve-se processar a ação de acordo com o Dec.-lei 7.661/1945” (TJRS, 6.ª CC., AI 70014050710, rel. Des. José Conrado de Souza Jr., j. 16.01.2006). “Agravado de instrumento. Pedido de falência. Aplicação do Dec.-lei 7.661/1945. Sendo ajuizado o pedido de falência antes da entrada em vigor da nova lei, deve-se processar a ação de acordo com o Dec.-lei 7.661/1945” (TJRS, 6.ª CC., AI 70014422976, rel. Des. José Conrado de Souza Jr., j. 23.02.2006). Em sentido contrário, Luiz Antonio Soares Hentz e Adalberto Simão Filho afirmam que “os pedidos de falência que tramitavam anteriormente à vigência da lei, sem citação do devedor, devem sofrer adequação legal para o novo sistema. Assim, aqueles pedidos intentados que não observam as prescrições da nova lei devem ser emendados ou modificados quando cabível” (In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto [coords.] *Comentários à nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências*, p. 655), posição essa que, a nosso ver, não se sustenta, porquanto a LRF expressamente toma o ajuizamento da ação (e não a citação) como marco divisor de incidência das leis falimentares no tempo.

de quebra) ou até a sua extinção sem decretação de quebra (caso em que seguirão a lei antiga até o fim do processo) (art. 192, § 4.º da LRF); (iii) às concordatas preventivas ajuizadas⁸¹⁰ na vigência da lei antiga (mesmo que ainda não tenham sido deferidas ou concedidas) e às concordatas suspensivas concedidas, se e enquanto não forem extintas, em razão de cumprimento, desistência ou convolação em falência, ou, ainda, em razão da superveniência de pedido de recuperação judicial intercorrente – sendo que, apenas nessas duas últimas hipóteses (de falência ou recuperação judicial intercorrente na concordata), a lei nova então incidirá para regular os respectivos processos concursais (art. 192, §§ 2.º e 4.º, da LRF), conforme abaixo detalhado.

Neste ponto, impende apreciar a seguinte questão (que, de certo, irá despontar no foro): nos pedidos de falência ajuizados antes da vigência da lei nova, pode o devedor requerer recuperação judicial no prazo de defesa e, nesta hipótese, deve o juiz deixar de decretar a quebra? A indagação tem razão de ser, já que, na hipótese figurada (de recuperação judicial formulada no prazo de defesa de pedido de falência submetido à lei antiga), o legislador expressamente ressalvou a prevalência da lei antiga para reger o processo até o decreto de falência, inclusive (art. 192, *caput*, da LRF), sendo certo, por outro lado, que a lei antiga, por evidente, não previa o pedido de recuperação como defesa relevante; contemplava, como tal, apenas o requerimento de concordata preventiva anterior à citação (art. 4.º, V, da Dec.-lei 7.661/1945). Diante disso, poder-se-ia supor que a recuperação judicial requerida pelo devedor depois da citação, mas no prazo de defesa, não obstaría a quebra. No entanto, pensamos que essa exegese estaria claramente equivocada: mesmo naqueles requerimentos de falência submetidos às regras da lei antiga, o pedido de recuperação judicial formulado pelo devedor no prazo de defesa impede a quebra, se, antes dela, for deferido o processamento da recuperação. Em semelhante hipótese, todavia, a quebra deixará de ser decretada *não* porque, contra a regra geral do art. 192, *caput*, LRF, tenha aplicação o disposto no art. 96, VII, da LRF. Deixará de ser decretada, *sim*, porque, apesar de a lei antiga continuar a regular o processo de requerimento de falência ajuizado antes da lei nova entrar em vigor, os arts. 6.º, *caput*, e 52, inc. III, da LRF, têm aplicação imediata aos pedidos de recuperação iniciados sob a sua vigência.⁸¹¹ Em casos que tais,

⁸¹⁰ O art. 192 da LRF refere-se explicitamente a “processo de falência ou de concordata ajuizados”, e não “deferidos” e muito menos “concedidos”. Cândido Rangel Dinamarco, com propriedade, explica que “ajuizar significa *levar a juízo, pôr em juízo*, ou seja, colocar diante dos órgãos do Poder Judiciário. A demanda é posta em juízo, ou seja, ajuizada, no exato momento em que seu autor entrega ao Poder Judiciário a petição inicial, seja levando-a ao distribuidor, seja ao juiz para despachar” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I, 3. ed., n. 65, p. 158). De acordo com o art. 263 do CPC, “considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara (...)”. No entanto, como as deficiências de funcionamento do aparelho judiciário não podem prejudicar a parte, tem-se entendido, corretamente, que “a interpretação do art. 263 do CPC que melhor cobre a prática judiciária é aquela que considera proposta a ação, ainda que se trate de comarca de vara única, no dia em que protocolada a petição no cartório” (STJ, 3.ª T., REsp 598.798-RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, v.u., j. 06.09.2005, DJU 21.11.2005, p. 226).

⁸¹¹ Uma vez julgado elidido o pedido de falência, entendeu o TJSP que o requerimento de recuperação superveniente não traz qualquer repercussão na causa ainda pendente de recurso (cf.: TJSP, Câm. Esp. de Fal. e Rec., Ap. 386.336-4/4-00, rel. Des. Pereira Calças, v.u., j. 30.11.2005). Em sentido análogo (embora versando sobre os efeitos do decreto de liquidação extrajudicial), o STF assentou que, enquanto não proferida sentença reconhecendo a elisão, o superveniente decreto de liquidação administrativa suspenderia inclusive os pedidos de falência pendentes, devendo o

contudo, a suspensão dos processos em curso (inclusive os pedidos de falência ajuizados) não será automática: dependerá sempre de decisão judicial deferindo o processamento da recuperação, sem o que a falência no pedido pendente poderá ser decretada. Avulta, pois, a necessidade de o pedido de recuperação vir devidamente instruído, sob pena de o retardamento na apreciação do pedido torná-lo sem objeto, pela decretação da falência nesse entretempo. Em suma: o pedido de recuperação judicial pode obstar o decreto de falência nos processos ajuizados antes da vigência da lei nova, contanto que, antes da quebra, seja proferida decisão judicial deferindo o processamento da recuperação.⁸¹²

365.2 Aplicação imediata da lei nova

Ainda como resultado da conjugação dos preceitos contidos no *caput* e no § 4.º do art. 192 da LRF, infere-se que a lei nova terá aplicação imediata às seguintes situações: (i) evidentemente, aos *pedidos* de recuperação, judicial e extrajudicial, e de falência ajuizados sob o seu império; e (ii) às falências *decretadas* após a sua entrada em vigor, ainda que resultantes de concordatas ou pedidos de falência anteriormente ajuizados – em relação aos quais prevalece a lei antiga (inclusive quanto aos pressupostos para a sua decretação) até a decisão de quebra e, a partir daí, deve-se atender as prescrições da lei nova, inclusive quanto aos requisitos e determinações essenciais da sentença.⁸¹³

depósito efetuado para fins de elisão ser liberado em favor da massa: “Comercial. Falência. Liquidação extrajudicial de instituições financeiras. A suspensão das ações e execuções antes iniciadas (art. 18, *a*, da Lei 6.024, de 13.03.1974) compreende o requerimento em curso para decretação da falência, ao qual se tenha oposto depósito elisivo da falência. Suspenso tal processo judicial, a quantia depositada volta à massa a benefício da comunhão dos credores” (STF, 1.ª T., RE 90.135-SP, rel. Min. Décio Miranda, m.v., j. 17.03.1981, *RTJ* 97/709).

⁸¹² Em linha com as nossas considerações, o TJSP entendeu que o pedido de recuperação judicial formulado na data de citação do devedor no pedido de falência, ajuizado sob a égide da lei anterior, impede a quebra, se deferido o processamento da recuperação antes do sentenciamento do pedido de falência, hipótese em que esse último processo fica suspenso (vide: TJSP, Câm. Esp. de Fal. e Rec., AI 441.435-4/6-00, rel. Des. Elliot Akel, v.u., j. 07.06.2006).

⁸¹³ Cf. (as falências decretadas sob a égide da lei nova, ainda que resultantes de pedidos de falência ajuizados pela sistemática da lei antiga, seguem os preceitos da lei moderna a partir da sentença de quebra, inclusive): “Consideradas as regras de transição contidas na Lei 11.101/2005, infere-se do art. 192, § 4.º, que esse diploma aplica-se às falências decretadas a partir de sua vigência, resultantes de convalidação de concordatas ou de pedidos de falência anteriores, sendo que, até a decretação aplica-se o Dec.-lei 7.661/1945, e a partir daí o processo deverá observar a nova lei, inclusive a sentença declaratória da falência, que será proferida de acordo com as disposições da nova legislação, dentre as quais o disposto no art. 99” (TJMG, 6.ª CC., AI 1.0209.05.047172-8/001(1), rel. Des. Batista Franco, v.u., j. 07.03.2006, *DJ* 24.03.2006). “Falência decretada na vigência da Lei 11.101/2005. Embora o requerimento tenha sido anterior à vigência da nova Lei, há de aplicar-se o § 4.º do art. 192 da mesma. Impõe-se a conciliação do *caput* do art. 192 com o seu § 4.º, concluindo-se que a tramitação dos processos falimentares iniciados antes da Lei 11.101/2005 seguirá o rito previsto no Dec.-lei 7.661/45 até a decretação da falência, cuja sentença deverá observar o disposto no art. 99 da nova Lei” (TJRJ, 9.ª CC., AI 2005.002.15826, rel. Des. Ruyz Athayde Alcântara de Carvalho, v.u., j. 07.03.2006). “Agravo de instrumento. Pedido de falência ajuizado anteriormente à vigência da Lei 11.101/2005. Decretação ocorrida na vigência da nova Lei. Aplicação do § 4.º do art. 192 da referida lei” (TJRJ, 9.ª CC., AI 2005.002.14637, rel. Des. Ruyz Athayde Alcântara de Carvalho, v.u., j. 07.03.2006). “Apresentado o pedido de falência em data anterior à vigência da Lei 11.101/2005, até a decretação da quebra incidem as regras do Dec.-lei 7.661/1945, após a nova Lei de Recuperação de Empresas” (TJRS, 6.ª CC., AI 70.013.689.542, rel. Des. Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, v.u., j. 30.03.2006). “Decretada a falência na vigência da lei de recuperação de empresa,

365.3 *Outros problemas de direito intertemporal: aplicação imediata da Lei 11.101/2005 e as situações jurídicas em curso*

O art. 192 da LRF foi antes enfatizado, não encerra regra apta a solucionar todas as graves, delicadas e tormentosas questões de direito intertemporal. Para além das hipóteses previstas no citado artigo, muitas outras escapam de seu alcance e, para solucioná-las, é mister invocar as regras protetivas do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 5.º, inc. XXXVI, da CF). Em matéria penal, tem inteira aplicação o disposto no art. 2.º do CP.⁸¹⁴

Na atualidade, bem observou Fábio Konder Comparato, “o problema de direito intertemporal não é o da irretroatividade e, sim o da eficácia imediata da lei. No atual estágio do direito intertemporal, a problemática jurídica já não se põe em termos de irretroatividade, mas de eficácia imediata da lei. É fora de dúvida, no direito das nações

o feito, que até ali seguiu o rito do Dec.-lei 7.661/1945, prosseguirá sob o rito da Lei 11.101/2005. Inteligência do art. 192, § 4.º, do novo Estatuto. Doutrina e jurisprudência a respeito” (TJRS, 6.ª CC., AI 70.016.037.012, rel. Des. Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, j. 13.07.2006). Ainda no mesmo sentido (sentença deve se ater ao disposto no art. 99 da LRF): TJRJ, 6.ª CC., AI 16059/05, rel. Des. Siro Darlan de Oliveira, v.u., j. 14.03.2006.

⁸¹⁴ Questão delicada que tem surgido no foro é a de saber se, na área penal, seria possível combinar os preceitos da lei antiga e da lei nova, para assim extrair um regime jurídico híbrido, mais favorável ao réu em matéria de prescrição penal. De modo mais específico, tem-se discutido se, em relação aos fatos ocorridos sob a égide do Dec.-lei 7.661/1945, seria possível considerar o prazo de prescrição penal da lei antiga, que era de apenas 2 (dois) anos, e computá-lo, não a partir do encerramento da falência ou da data em que esta deveria se encerrar (Súmula 147 do STF), mas, sim, mantido o prazo bienal, computá-lo a partir da própria data da decretação da falência, que é o termo inicial dos prazos prescricionais penais na lei nova (LRF, art. 187). De maneira geral, a possibilidade de combinação de leis para beneficiar o réu é controvertida. Há quem a admita sempre para beneficiar o réu (vide: *JUTACrimSP* 50/392, 58/313, 84/347, 85/332 e 88/273; *RT* 509/393, 515/360 e 533/366). No entanto, o STF já decidiu que a combinação de leis seria vedada, pois, neste caso, não se estaria aplicando nem a lei antiga nem a lei nova, mas criando uma outra lei através da conjugação de partes daquela e desta (*RTJ* 96/561), em autêntica atividade legislativa reservada a outro Poder (art. 2.º da CF). Ainda assim, e especificamente em relação ao problema da prescrição penal dos crimes falimentares, há precedente do TJSP acolhendo a tese da combinação de leis, mantendo o prazo prescricional de 2 (dois) anos (vigente à época dos fatos delituosos) e computando-o a partir da decretação da falência (com apoio na lei nova): “Com efeito, é de se reconhecer a prescrição retroativa da pretensão punitiva, ante o disposto no art. 182 da Lei 11.101 de 09.02.2005, aplicável ao caso nos termos do art. 2.º, parágrafo único, do CP. Tal dispositivo da nova Lei de Falências fixa como termo inicial do prazo prescricional a data de decretação da falência e não mais, como a anterior, o dia em que o processo falimentar estaria ou deveria estar concluído, determinando que a prescrição dos crimes nela previstos seja regulada pelo disposto no Código Penal” (TJSP, 5.ª CCrim., Ap. 477.349-3/8-00, rel. Des. Gomes de Amorim, v.u., j. 21.07.2005). No mesmo sentido, ainda: TJRJ, 1.ª CCrim., Ap. 2005.050.05372, rel. Des. Nildson Araújo Cruz, v.u., j. 25.04.2006. Analisando o mesmo problema, porém, o STJ, em julgado ainda mais recente, descartou a aplicação do novo regime prescricional da LRF a caso iniciado sob a vigência da lei antiga: “Se a Lei 11.101/2005 define que suas disposições somente serão empregadas aos processos ajuizados posteriormente ao início de sua vigência, descabido o pleito de aplicação da inovação legislativa ao caso, pois a denúncia foi recebida em data anterior a tal fato” (STJ, 5.ª T., HC 44.230-SP-EDcl, rel. Min. Gilson Dipp, v.u., j. 15.08.2006, *DJU* 04.09.2006). Neste último sentido, ainda: TJSP, 6.ª CCrim., HC 895.904-3/0-00, rel. Des. Ruy Alberto Leme Cavalheiro, v.u., j. 06.04.2006, *BAASP* 2503/459 (com a seguinte observação: “Não é possível a combinação de lei anterior e de lei posterior para efeito de extrair de cada uma delas as partes mais benignas ao paciente, porque, neste caso, o juiz estaria legislando”).

civilizadas, que o comando jurídico estatal não pode alcançar atos e fatos pretéritos (...). O princípio universalmente vigente é o do efeito imediato da lei, excluído, portanto, o passado. A questão nuclear reside, pois, em se saber em que circunstâncias deve ser afastado esse efeito imediato da nova norma geral. O problema se situa, especificamente, em relação aos atos, fatos, situações ou estados, cujos efeitos se prolongam no tempo e não se esgotam antes da entrada em vigor da lei nova. Mas que se dizer dos efeitos ocorridos já sob o império desta?⁸¹⁵ Ora, é indisputável que a aplicação imediata das regras da Lei 11.101/2005, mesmo a novos processos, sem atentar para os efeitos dos atos, fatos, estados e situações jurídicas constituídos sob a égide da lei anterior, levaria, de certo, a hipóteses de manifesta inconstitucionalidade. Convém, por isso mesmo, avançar aqui na análise do tema.

Nesse sentido, apesar de não ser possível ofertar um rol exaustivo dos possíveis conflitos da Lei 11.101/2005 no tempo, poderíamos abaixo lembrar alguns deles.

Assim, os *requisitos de validade do ato* devem ser aferidos pela lei vigente à época de sua celebração. Lei nova que venha a criar novos requisitos de validade ou hipóteses de revogação, ou que venha a condicionar a eficácia do ato ao atendimento de certos requisitos, não apanha os atos praticados sob o império da lei antiga. Não há invalidade superveniente, o que, em boa lógica, constitui inaceitável contradição de termos: ou o ato é inválido *ab ovo*, ou é válido, e a lei posterior não o pode macular. Vigê, no particular, o princípio *tempus regit actum*.⁸¹⁶ Por tal razão, a regra da lei nova permitindo seja o termo legal da falência fixado em até 90 (noventa) dias contados do pedido de falência ou do 1.º (primeiro) protesto por falta de pagamento (art. 99, inc. II, da LRF), não pode ser aplicada de modo a atingir fatos ocorridos sob o império da lei antiga, que não permitia a retroação do termo legal por mais de 60 (sessenta) dias daquelas balizas (art. 14, parágrafo único, inc. III, do Dec.-lei 7.661/1945). Por isso, embora o juiz deva ater-se às regras do art. 99 da LRF, ao decretar a falência de empresário, não pode retroair o termo legal por mais de 60 (sessenta) dias das balizas verificadas sob o império da lei antiga. Do contrário, acabará por tornar revogável ato que, pela lei vigente à data de sua celebração, não o era.⁸¹⁷

A *classificação* dos créditos de qualquer natureza obedece à regra vigente na época de sua constituição, mesmo que a lei nova disponha de outra forma.⁸¹⁸ Nesta linha, crédito classificado dentre os com privilégio geral pela lei pretérita, não pode sofrer mudança de classificação pela lei nova, seja para assim promovê-lo ou mesmo rebaixá-lo à condição

⁸¹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *Comentários às disposições transitórias da nova Lei de Sociedades por Ações*, n. 1, p. 1.

⁸¹⁶ Cf.: “Rege-se a forma de todo ato jurídico por lei do tempo em que ele se realiza, ainda que uma regra positiva ulterior imponha o contrário sob pena de nulidade, ou dispense ou atenuê o exigido em norma pretérita. A validade intrínseca e a extrínseca obedecem ao brocardo – *tempus regit actum*” (MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal*, n. 22, p. 35). Vide ainda, na mesma obra, n. 154, p. 183-184; n. 157-158, p. 185-187; e n. 164-165, p. 192-195. Ainda: FARIA, Bento de. *Aplicação e retroatividade da lei*, n. 57, p. 107; e RAO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, v. 1, t. II, n. 303, p. 463.

⁸¹⁷ Cf.: VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falência*, v. 3, n. 1.198, p. 135.

⁸¹⁸ Cf.: “Os direitos de crédito, de qualquer natureza, adquiridos até a data da declaração da falência, conservam, pois, o mesmo caráter, continuam na mesma categoria prevista pela lei antiga, ainda que, segundo a lei nova, assumam outra feição e se classifiquem diversamente” (VALVERDE, Trajano de Miranda, Idem, n. 1.198, p. 134).

de quirografário;⁸¹⁹ o mesmo vale para a divisão dos créditos em concursais e extraconcursais. Diversa, porém, é a situação quanto à *ordem de classificação dos créditos*, sujeita à influência da lei nova, pois será apenas a partir da instauração de procedimento concursal que a ordem de precedência das classes será estabelecida.⁸²⁰ Por exemplo, pela lei antiga, os créditos fiscais preferiam os créditos com garantia real (art. 102 do Dec.-lei 7.661/1945; e art. 186 do CTN); pela lei nova, os créditos com garantia real, até o limite do valor do bem gravado, preferem os fiscais, ou tributários (art. 83, incs. II e III, da LRF). Houve uma inversão na ordem das classes, mas, apesar disso, a lei nova, de cunho processual, aplica-se imediatamente, mesmo que o crédito tenha sido constituído sob o império da lei antiga; o que importa considerar é que o concurso foi instaurado já sob o império da lei nova, à qual cabe estabelecer a ordem de classificação dos créditos; antes do concurso, não havia direito adquirido do credor a uma ordem legal de classificação. Não se pode confundir a eficácia e a validade de um direito com os efeitos do mesmo: para aqueles, prevalece a incolumidade, para estes, de regra, a lei sob cujo império surgiram.

De igual forma e pelas mesmas razões, vigem os mesmos postulados indicados no parágrafo anterior quanto aos *créditos excluídos ou abrangidos por processos concursais*. Nesta linha, créditos outrora excluídos do alcance da concordata podem agora ser apanhados pelos efeitos de processo de recuperação, ainda que esses créditos sejam anteriores à vigência da lei nova. O mesmo sucede perante a falência: se pela lei antiga nela não poderiam ser reclamadas as prestações alimentícias (art. 23, parágrafo único, inc. I, do Dec.-lei 7.661/1945), o mesmo não sucede perante a lei nova, que não repetiu a exceção (art. 5.º da LRF) e, com isso, apanhou inclusive os créditos alimentícios já constituídos.

Quanto aos *bens compreendidos na falência*, a lei tem aplicação imediata.⁸²¹

Com relação às *pessoas excluídas ou abrangidas* pelo decreto de falência ou pelos efeitos da recuperação, aplica-se a lei nova imediatamente, porém sem carga retroativa. Assim, por exemplo, quanto à sociedade de economia mista (art. 2.º, inc. II, da LRF) ou, mesmo, à situação jurídica de certos credores (arts. 49, § 3.º, e 199, §§ 1.º a 3.º, da LRF), e aos poderes que têm sobre a coisa ou o crédito. Quanto aos sócios de responsabilidade ilimitada, eles não se considerarão falidos, se a falência já tiver sido decretada antes da lei nova: é que a lei antiga não os reputava falidos, embora os sujeitasse aos efeitos da

⁸¹⁹ Discussões desta ordem certamente poderão despontar em relação às leis antigas que equiparavam certos créditos, ordinariamente quirografários, a créditos de maior precedência. Teriam elas sobrevivido à lei nova, que, embora geral, regulou inteiramente a matéria? O ponto presta-se a grande discussão, notadamente se se considerar que, em relação aos créditos trabalhistas, a nova lei apenas qualifica como tais aqueles “derivados da legislação do trabalho” (art. 83, inc. I, da LRF). Continuará em vigor a lei anterior que atribuisse tal qualidade a créditos não derivados da legislação do trabalho? A questão é tormentosa.

⁸²⁰ Considerando que a LRF não se aplica às concordatas ou às falências em curso, não nos parecem justificadas as digressões que certos autores vêm fazendo sobre o sistema de classificação de créditos, inclusive apresentando construções que tomam o quadro geral de credores como marco divisor de incidência das leis, antiga e nova.

⁸²¹ Cf.: VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falência*, v. 3, n. 1.201, p. 137. Lembre-se que, ao decidir sobre a aplicabilidade da Lei 8.009/1990 (Lei do Bem de Família) aos processos em curso e às penhoras formalizadas antes de sua vigência, o Supremo Tribunal Federal (STF, AG 159-292-SP, Pleno, rel. Min. Carlos Velloso, m.v., j. 28.06.1996, DJU 13.06.1997) e o Superior Tribunal de Justiça (Súmula 205) decidiram, para o goáudio dos devedores e a tristeza dos credores, que a sua incidência imediata seria viável, dada a natureza processual, a não violar ato jurídico perfeito.

falência da sociedade (, art. 5.º do Dec.-lei 7.661/1945), de modo que não pode a lei nova retroagir para *ex novo* qualificá-los de falidos, sujeitando-os a novo *status*. De igual modo, não podem os sócios de responsabilidade ilimitada ser declarados falidos em processos ajuizados na vigência da lei antiga, mas cuja sentença venha a ser proferida sob a égide da lei nova: neste caso, embora a sentença de quebra deva ater-se aos requisitos da lei nova (art. 192, § 4.º da LRF), prevalecem os postulados da lei antiga até a quebra (por força de regra expressa de direito intertemporal da LRF), e, destarte, não se compreenderia que, nesta situação, os sócios pudessem ser declarados falidos em processo para o qual não foram citados na fase pré-falimentar. No entanto, com relação aos pedidos de falência ajuizados sob o império da lei nova, os sócios de responsabilidade ilimitada podem vir a ter a sua falência decretada juntamente com a da sociedade (art. 81 da LRF), pouco importando a data da constituição da sociedade. Pois, o que as regras de direito intertemporal põem fora do alcance da lei nova, é apenas o *status* de sócio, e não as situações jurídicas dela resultantes, que podem ficar sujeitas à incidência de novas regras.⁸²² Por igual razão, as companhias aéreas que, pelo direito anterior, não podiam requerer concordata, agora podem, de imediato, requerer recuperação judicial, e falir (art. 199 da LRF), também a pedido de credor.⁸²³

⁸²² Assim, sociedade outrora civil (e, como tal, fora do alcance da lei falimentar), mas que, pelas regras da nova disciplina civil, se qualifica como sociedade empresária, pode ter a sua falência decretada, sem que daí resulte aplicação retroativa da lei: “Devedora sociedade prestadora de serviços de vigilância e segurança, constituída sob a égide do Código Civil de 1916 e Código Comercial. Natureza de sociedade empresária a partir da vigência do atual Código Civil. Inteligência dos arts. 966 e 982 do Código Civil. Sujeição à falência” (TJSP, Ap. 401.927-4/9-00, Câ. Esp. de Fal. e Rec., rel. Des. Pereira Calças, v.u., j. 31.08.2005). Onde se lê: “Cumpre anotar que o reconhecimento de que a apelante, sociedade que exerce atividade econômica organizada e presta serviços na área de vigilância e segurança, a partir da vigência do Código Civil de 2002 passa a ser classificada como sociedade empresária, não configura aplicação retroativa do Código Reale, haja vista que a relação societária é de trato continuado, mercê do que a incidência do atual Código Civil é imediata na disciplina em questão, conforme estabelece o art. 6.º da Lei de Introdução ao Código Civil. O fato de a sociedade-apelante ter sido constituída sob a égide do Código Civil de 1916 e do Código Comercial de 1850 também não significa que ela continue a ostentar a qualidade de sociedade civil, cumprindo observar que tal categoria de sociedade não mais subsiste no Direito brasileiro”.

⁸²³ Na vigência do Dec.-lei 7.661/1945, entendeu-se que as companhias aéreas apenas poderiam ter a sua falência decretada a pedido de interventor nomeado em procedimento paraconcursal, vedada a atuação direta do credor: “Falência. Requerida: empresa aérea (...). Interpretação do art. 188 do Código Brasileiro da Aeronáutica que ao prever que o Poder Executivo poderá intervir nas empresas aéreas em crise financeira não estabelece uma faculdade, mas sim, poder-dever, ato vinculado e não discricionário. Regime especial das empresas aéreas, que só poderão ter contra si pedido de falência, após a intervenção administrativa do Poder Público, se caracterizadas as hipóteses legais, albergadas *numerus clausus*” (TJSP, Ap. 386.336-4/4-00, Câ. Esp. de Fal. e Rec., rel. Des. Pereira Calças, v.u., j. 30.11.2005, JTJ 300/95). No mesmo sentido: TJSP, Ap. 386.336-4/4-00, Câ. Esp. Fal. e Rec., rel. Des. Pereira Calças, v.u., j. 30.11.2005, JTJ 300/95; TJSP, Ap. 387.586-4/1-00, Câ. Esp. Fal. e Rec., rel. Des. Pereira Calças, v.u., j. 30.11.2005; TJSP, Ap. 422.885-4/0-00, Câ. Esp. Fal. e Rec., rel. Des. Boris Kauffmann, v.u., j. 29.03.2006; e TJSP, Ap. 430.963-4/0-00, Câ. Esp. Fal. e Rec., rel. Des. Pereira Calças, v.u., j. 09.08.2006. Esta exegese, porém, não era tranqüila, havendo entendimento diverso: “Ainda que o Poder Executivo não tenha exercido a faculdade que lhe garante o art. 188, *caput*, do Código Brasileiro da Aeronáutica, o credor não está, em princípio, impedido de ajuizar o pedido de falência, tal como lhe garante o Dec.-lei 7.661/1945” (STJ, MC 7.332-SP, 3.ª T., rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, v.u., j. 06.11.2003, DJU 01.12.2003, p. 346). Neste último sentido (empresa aérea poderia ter a sua falência requerida diretamente por credor), vide ainda: TJSP, Ap. 232.140-4/0, 9.ª Câ. Dir.

Também as regras sobre *legitimação ativa para o pedido de falência* têm incidência imediata aos requerimentos formulados sob o império da lei nova. Simples faculdade abstrata não constitui patrimônio pessoal, e a forma de execução submete-se às prescrições da lei vigente à época de seu exercício. Uma coisa é o reconhecimento do direito de crédito; outra coisa, bem distinta, é a disciplina do seu exercício. Por isso, o credor, cujo crédito estava representado por título executivo regularmente protestado e que tinha a possibilidade de requerer a falência de seu devedor de acordo com os postulados da lei antiga, nem por isso poderá vir a fazê-lo sob o império da lei nova, se o seu crédito não ultrapassar 40 (quarenta) salários-mínimos (art. 94, inc. I, da LRF). Reversamente, e por força da expressa regra atributiva de ultratividade à lei antiga, se o pedido de falência já tiver sido ajuizado antes da vigência da lei nova, a pretensão do credor não ficará prejudicada, pois a aplicação da lei antiga, neste caso, foi expressamente excepcionada: o juiz haverá de decretar a falência do devedor, se não for apresentada relevante razão de direito (art. 4.º do Dec.-lei 7.661/1945); não poderá deixar de fazê-lo ao argumento de que o crédito não excede o piso de 40 (quarenta) salários-mínimos.⁸²⁴⁻⁸⁴

Priv., rel. Des. Antonio Vilenilson, m.v., j. 16.04.2002; TJSP, EDcl 232.140-4/603, 9.ª Câmara. Dir. Priv., rel. Des. Evaldo Veríssimo, v.u., j. 16.09.2003; TJSP, Ap. 316.571-4/9-00, 6.ª Câmara. Dir. Priv., rel. Des. Magno Araújo, v.u., j. 27.11.2003; TJSP, Ap. 333.169-4/9-00, 6.ª Câmara. Dir. Priv., rel. Des. Magno Araújo, v.u., j. 20.05.2004, JTJ 285/100; e TJSP, Ap. 338.032-4/0-00, 6.ª Câmara. Dir. Priv., rel. Des. Percival Nogueira, v.u., j. 29.04.2004. Sob a égide da LRF, a legitimidade do credor surge como corolário necessário da submissão das empresas aéreas ao regime concursal geral.

⁸²⁴ Cf. (piso não se aplica aos pedidos de falência ajuizados na vigência da lei anterior): “Falência. Impossibilidade jurídica do pedido. Inaplicabilidade da nova Lei de Falências na fase anterior à decretação da quebra. Tratando-se de pedido de falência ajuizado anteriormente à vigência da Lei 11.101/2005, até eventual decretação da quebra, devem incidir as regras do Dec.-lei 7.661/1945. Art. 192, *caput* e § 4.º da Lei 11.101/2005. Por tal razão, não se aplica, no caso, a limitação a que se refere o art. 94, inc. I, da nova Lei. Impossibilidade jurídica do pedido afastada. Sentença desconstituída” (TJRS, Ap. 70013647003, 5.ª CC., rel. Des. Leo Lima, v.u., j. 22.02.2006). “Agravo de instrumento. Falência. Pedido anterior à nova lei falimentar. Limite do valor do crédito. Inaplicabilidade. Não há falar em aplicação do limite de 40 salários mínimos previsto no art. 94, inc. I, da nova Lei de Falências, quando o pedido é anterior à sua vigência. Na forma do § 4.º do art. 192 da Lei 11.101/2005, aplica-se o Dec.-lei 7.661/1945 até a decretação da falência pleiteada antes de 09.06.2005” (TJRS, 6.ª CC., AI 70014300958, rel. Des. Ubirajara Mach de Oliveira, j. 08.03.2006). No mesmo sentido: TJRS, 5.ª CC., Ap. 70.013.062.229, rel. Des. Pedro Luiz Rodrigues Bossle, v.u., j. 26.10.2005; TJRS, 6.ª CC., Ap. 70.012.944.518, rel. Des. Ney Wiedemann Neto, v.u., j. 21.09.2006; TJRS, Ap. 70.013.120.787; 6.ª CC., rel. Des. Ney Wiedemann Neto, v.u., j. 19.10.2006; TJRS, 5.ª CC., Ap. 70.014.815.401, rel. Des. Pedro Luiz Rodrigues Bossle, v.u., j. 21.06.2006; TJRS, 5.ª CC., Ap. 70.015.238.363, rel. Des. Leo Lima, v.u., j. 25.10.2006; TJRS, 6.ª CC., Ap. 70.015.305.303, rel. Des. Osvaldo Stefanello, v.u., j. 28.09.2006; TJRS, 5.ª CC., Ap. 70.017.735.994, rel. Des. Leo Lima, v.u., j. 13.12.2006. Em sentido contrário ao dos precedentes citados e da posição por nós defendida, porém, a Câmara de Falências e Recuperações Judiciais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo divulgou, em 03.08.2005, o seguinte comunicado: “A Câmara de Falências e Recuperações Judiciais, único órgão no Estado de São Paulo com competência para examinar recursos interpostos em processos de falência, comunica que, ao julgar o AI 399.712.4/0, da Comarca de Sorocaba, fixou à unanimidade o entendimento de que, ainda que ajuizados anteriormente à vigência da atual lei reguladora da recuperação judicial, extrajudicial e da falência do empresário e da sociedade empresária (Lei 11.101/2005), os pedidos de falência somente são acolhidos se o débito for de valor razoável. O acórdão, subscrito pelos Desembargadores Boris Kauffmann, Elliot Akel e Pereira Calças, deixou claro que não se está retroagindo os efeitos da lei nova aos pedidos antigos, mas interpretando o art. 1.º do Dec.-lei 7.661, de 1945, à luz da vontade atual do legislador, preocupado com a manutenção das empresas e lembrando

A extinção das obrigações do falido sujeita-se às regras de direito vigentes à época da decretação da quebra. Para as falências decretadas na vigência do Dec.-lei 7.661/1945, a

que a quebra acaba trazendo prejuízos, não só para o empresário, seus empregados e a sociedade, mas também para o próprio credor, somente se justificando nos casos de débitos que tenham um valor razoável. No recurso julgado, o débito era de R\$ 1.065,12. Os demais componentes da Câmara, apesar de não integrarem a turma julgadora, manifestaram entendimento nesse mesmo sentido, indicando que essa será a orientação a ser adotada para os casos que serão submetidos a julgamento naquele órgão. Nas manifestações observou-se que se considerará o valor mínimo apontado pelo novo diploma – 40 salários mínimos –, computando-se o valor histórico dos títulos, sem atualização ou acréscimo de juros moratórios” (DOE 03.08.2005, Caderno 1, Parte I, p. 1). Na linha do Comunicado citado, a Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais do TJSP consolidou jurisprudência que conflita abertamente com a regra expressa de direito intertemporal da LRF: “Falência – Débito de valor inferior a quarenta salários mínimos à data do ajuizamento – Pedido formulado com base no art. 1º do Dec.-lei 7.661/1945 – Inviabilidade da falência – Art. 94, I, da Lei 11.101/2005, que fornece orientação de interpretação no julgamento de casos vindos da lei anterior – Falência afastada – Apelação improvida” (TJSP, Câm. Esp. de Fal. e Rec., Ap. 411.225-4/3-00, v.u., j. 09.11.2005).

Respeitada a opinião contrária, não nos sentimos animados a aplaudi-la. Em primeiro lugar, porque o Dec.-lei 7.661/1945 não previa (e nem continha artigo algum do qual se pudesse extrair) piso para a formulação de requerimento de falência. Em segundo lugar, porque, a rigor, a simples análise unilateral do valor do crédito, sem considerações outras (como a do porte da devedora e o fundamento do pedido de falência), não permitem concluir, de forma simplista, que estaria havendo abuso (ao contrário, poder-se-ia até supor que, se o empresário se mostra incapaz de saldar dívida de pequeno valor, é porque se encontra em grave estado de crise). Em terceiro lugar, porque, não obstante a afirmação possa soar ofensiva àqueles que procedem à análise de institutos jurídicos com total alheamento da realidade, o pedido de falência sempre foi, é e sempre será um meio de cobrança, e nisso não há nenhuma incompatibilidade sistêmica (por todos, vide: STJ, 3.ª T., REsp 515.285-SC, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, m.v., j. 20.04.2004, DJU 07.06.2004, RSTJ 193/354); ao contrário, é da própria índole do regime jurídico empresarial a submissão dos empresários a regras próprias, que lhes franqueiam benefícios e os sujeitam a ônus (dentre os quais o de ter a falência decretada a pedido de credor). Em quarto lugar, a decretação da falência permite aos credores ter acesso a instrumentos especiais de reconstrução do patrimônio do devedor (p. ex., ação revocatória) e, sobretudo, tem o efeito desejável de eliminar empresas economicamente inviáveis do mercado. Por fim, e em quinto lugar, a solução alvitrada no Comunicado (de impor um limite, sem que a lei antiga o previsse) importa em grave ofensa aos primados da segurança e previsibilidade na aplicação da lei. Vale ainda observar que o pedido de falência formulado por pequeno credor não importa na necessária decretação da falência do devedor: esta é resultado daquele pedido aliado à falta de depósito elisivo, que comprova a situação de insolvência presumida do empresário.

⁸²⁵ Para além de aplicar retroativamente o piso instituído pela LRF aos processos que deveriam continuar a ser regulados pela lei anterior (segundo ilustrado na nota anterior), o TJSP, indo além, chancelou, num caso concreto, interpretação que nem sequer tem respaldo na letra da LRF, ao exigir que o valor do piso estivesse presente no momento da prolação da sentença: “Falência – Pedido com base em duplicata de R\$ 11.490,51, que, na data da distribuição do pedido, em 19.11.2003, equivalia a 47,87 salários mínimos – Irrelevância – Pedido formulado na vigência do Dec.-lei 7.661/1945, com fundamento em seu art. 1.º – Quebra da empresa que não se justifica em face da orientação na nova Lei de Falências, a ser adotada como regra interpretativa – Art. 94, I, da Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 – Fato superveniente (entrada em vigor da Lei 11.101/2005), que não pode deixar de ser considerado pelo julgador – Para o pedido ajuizado antes da entrada em vigor da Lei 11.101/2005, o título há de ter o valor equivalente a 40 (quarenta) salários mínimos na data da sentença – Apelação não provida” (TJSP, Ap. 409.484-4/4-00, Câm. Esp. de Fal. e Rec., v.u., j. 19.10.2005). Esta solução, a nosso ver, não tem respaldo legal: não apenas porque aplicou retroativamente a lei nova; mas, inclusive, porque, mesmo se fosse admitida a aplicação retroativa, a solução brigaria com a LRF, segundo a qual o valor do piso é aferido no momento da propositura da ação (e não no do sentenciamento, tanto mais porque o credor não tem controle algum sobre

extinção poderá dar-se de acordo com as condições estabelecidas no seu art. 135, inc. II; e, para as falências ajuizadas na vigência da lei nova, será de rigor o preenchimento do requisito do art. 158, inc. II, da LRF. A entender-se de outra forma, estar-se-ia aplicando retroativamente regra sobre remissão de crédito.

Por fim, e embora neste particular a Lei 11.101/2005 não tenha inovado, vale assentar que, de regra, a lei que venha a criar *impedimentos* ao exercício de atividades ou veicular novos *requisitos de investidura* para o preenchimento de cargos, tem aplicação imediata, mesmo que a causa determinante do impedimento a tenha precedido.⁸²⁶

366. Recuperação judicial intercorrente na concordata: pressupostos e efeitos

O art. 192, § 2.º, da LRF prevê que, como regra, a existência de pedido de concordata anterior a sua vigência, não obsta o pedido de recuperação judicial; como exceção, porém, o pedido de concordata obstará o pedido de recuperação judicial em duas situações: (i) se o devedor “houver descumprido obrigação no âmbito da concordata”, expressão essa que não pode ser interpretada de forma literal (de modo a abranger o incumprimento de qualquer obrigação), mas deve ser entendida de acordo com as regras do Dec.-lei 7.661/1945, de sorte que, por incumprimento de obrigação no âmbito da concordata, deve-se entender apenas e tão-somente aquelas situações que levariam à rescisão ou à convalidação da concordata em falência, descritas, por exemplo, nos arts. 140, 150, 158 e 162 da antiga lei,⁸²⁷⁻⁸⁷ e, da mesma forma, haverá impedimento (ii) se a recuperação

os reajustes do valor do salário-mínimo): “Art. 94. Será decretada a falência do devedor que: (...) I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários mínimos na data do pedido de falência (...)”.

⁸²⁶ Cf.: VALVERDE, Trajano de Miranda, *Comentários à Lei de Falência*, v. 3, n. 1.200, p. 137-138.

⁸²⁷ Em sentido diverso, Luiz Augusto de Souza Queiroz Ferraz, ilustre advogado paulista com longa vivência no patrocínio de concordatas, sustenta que o inadimplemento da parcela concordatária (causa expressa para a convalidação do favor legal em falência na vigência do Dec.-lei 7.661/1945) não obstará o pedido de recuperação judicial intercorrente, pois “a nova lei veio para suprir a impossibilidade de somente em dois anos cumprir-se o pagamento integral prometido” e, ainda, porque “o magistrado não pode permanecer alheio ao que ocorre à sua volta, encerrando-se em uma torre de marfim e infenso às necessidades sociais do seu tempo” (FERRAZ, Luiz Augusto de Souza Queiroz. *Lei 11.101/2005, artigos 189 a 192 das Disposições Finais e Transitórias*, p. 660-661). Com a devida vênua do dileto advogado, insistimos nas considerações expostas no seminário “Disposições finais e transitórias (arts. 189 a 201) no Projeto de Lei da Câmara n. 71 de 2003 (substitutivo)”, por nós apresentado na disciplina “Recuperação de Empresas – II” (do curso de pós-graduação em direito da USP – 2004) e com cujas conclusões, na sua maioria, o citado advogado partilhou (tirante o ponto ora focado), como se denota das demais colocações feitas no seu estudo. Insistimos em que o inadimplemento da parcela da concordata é, por si só, causa obstativa do pedido de recuperação judicial intercorrente, pois: (i) na vigência do Dec.-lei 7.661/1945, a principal obrigação assumida pelo devedor em concordata sempre foi a de efetuar pontualmente o pagamento de suas parcelas (o que se infere não apenas da letra do art. 150, inc. I, do citado Decreto-lei, como, ainda, do disposto no seu art. 175, §§ 1.º, inc. I, 4.º e 8.º), de modo que não pode haver dúvida de que, quem não cumpriu essa obrigação elementar, incide no claro veto imposto na LRF à concessão de recuperação judicial ao devedor que “houver descumprido obrigação no âmbito da concordata” (art. 192, § 2.º, da LRF); (ii) no regime anterior, era assente o entendimento de que “o devedor que não paga obrigação líquida está falido; ora, o devedor concordatário que não paga no vencimento obrigação líquida consistente na prestação da concordata, também está falido” (MARCONDES MACHADO, Sylvio. *Curso de falências*, p. 400-401), e poderia ter

judicial basear-se em plano especial de recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte (situação essa em que o legislador houve por bem excluir a recuperação

a quebra decretada independentemente de qualquer intimação pessoal (RT 416/170, 418/169 e 723/324), pois “o objetivo claro, inequívoco da lei, foi o de impedir a manobra, e coibir os abusos que permitiam que, proposta a concordata, o seu cumprimento ficasse diferido a uma data incerta, dependente das manobras e artifícios” (RJTJESP 9/274); (iii) ainda que o País esteja em crise (quando, aliás, é que não esteve?), a recuperação judicial é instituto destinado exclusivamente a auxiliar o reerguimento de “empresa economicamente viável” (arts. 47 e 53, II, da LRF), e não qualquer empresa e, muito menos, do devedor, pois não é tarefa dos credores financiar a sobrevivência de empresas ineficientes; (iv) permitir que o devedor que não cumpriu as condições da concordata (depositando as parcelas a que se obrigara) possa ser beneficiado por recuperação judicial importaria em manifesta violação à *ratio* das regras legais pelas quais se abstou pudesse o devedor pleitear sucessivos favores legais (arts. 48, incs. II e III, e 198, da LRF; e art. 140, inc. IV, do Dec.-lei 7.661/1945), pois seria gravemente ilógico que o devedor que cumpriu as condições do favor legal há 3 anos e não mais se encontra em concordata estivesse impedido de requerer recuperação e, por outro lado, o devedor que não as cumpriu e ainda está em concordata pudesse ser beneficiado por semelhante processo concursal; e (v) os credores (assim qualificados à vista da relação jurídica mantida com o devedor, mas que, no entanto, são devedores de seus vários credores, têm de honrar os compromissos de suas empresas e já tiveram os seus direitos atingidos pela concordata descumprida pelo devedor), não podem ser enleados em novo processo concursal iniciado pelo devedor, tanto mais porque, como lembra aquele ilustre advogado, no processo de recuperação não há mais, em princípio, limitação temporal. Seria chocante que a maioria dos credores da concordata (que, não raras vezes, se constitui por prestanomes do concordatário que adquiriram os créditos dos credores originais, através de cessões de crédito), pudesse impor novo sacrifício aos credores, com a aprovação de subsequente recuperação por semelhante maioria. A nosso ver, se deseja o devedor em concordata se valer da recuperação judicial, deve fazê-lo antes do vencimento das parcelas, isto é, antes de haver “descumprido obrigação no âmbito da concordata”. Ainda sobre o tema, vide nota seguinte.

⁸²⁸ Em conformidade com a posição defendida no texto, vide: TJRS, 5.^a CC., AI 70013260963, 5.^a CC., rel. Des. Leo Lima, v.u., j. 15.03.2006; TJRS, 5.^a CC., AI 70.014232623, rel. Des. Leo Lima, v.u., j. 17.05.2006; TJRS, 5.^a CC., AI 70014805501, rel. Des. Leo Lima, v.u., j. 25.10.2006; TJPR, 17.^a CC., AI 346.537-4, rel. Des. Lauri Caetano da Silva, v.u., j. 23.08.2006, DJ 01.09.2006 (registrando que, “embora fosse possível a convalidação da concordata em recuperação judicial, faz a lei uma exigência bastante clara: o cumprimento das obrigações da concordata. Ora, se assim é, verifica-se que jamais poderia ter sido deferida a recuperação judicial, haja vista que sequer houve o pagamento da primeira parcela da moratória” e, portanto, seria “decisão *contra legem*” a que, mesmo assim, viesse a autorizar o processamento da recuperação); e TJPR, 18.^a CC., AI 329.248-8, rel. Des. Cláudio de Andrade, v.u., j. 01.11.2006, DJ 24.11.2006. Em sentido contrário, porém, vide: TJSP, Câm. Esp. de Fal. e Rec., AI 429.838-4/7-00, rel. Des. Romeu Ricupero, v.u., j. 18.10.2006; e TJSP, Câm. Esp. de Fal. e Rec., AI 435.871-4/6-00, rel. Des. Romeu Ricupero, v.u., j. 18.10.2006 (ambos julgados pertinentes a uma mesma causa e pelos quais se admitiu que o devedor pudesse requerer recuperação judicial, mesmo depois de vencidas e não pagas as parcelas da concordata). Sem embargo da respeitabilidade da orientação encampada nos precedentes por último citados, é bem de ver, em primeiro lugar, que a verificação de impedimentos ou pressupostos legais constitui tema situado fora do alcance do poder de disposição da maioria dos credores; do contrário, se tudo estivesse submetido ao jugo da pura e simples maioria, nem se veria razão para a lei ditar solenemente os requisitos ou os impedimentos ao deferimento da recuperação judicial, tal como o faz em vários pontos, ou de dispor, taxativamente, que não pode requerer recuperação judicial o devedor que houver descumprido obrigação no âmbito da concordata. Na realidade, a verificação de impedimentos e a análise do preenchimento de pressupostos legais não são, por definição, temas sobre os quais os credores possam dispor; são matérias que escapam do âmbito da supremacia do princípio majoritário. Em segundo lugar, também parece equivocado imaginar que a maioria dos credores dentro da recuperação judicial (mesmo na classe a que pertencem os

por duas razões plausíveis, a saber, em primeiro lugar porque o regime favorecido de recuperação criado para microempresas e empresas de pequeno porte configura favor legal e, em segundo lugar, porque, na maioria dos casos, a empresa a preservar não se revela tão significativa).

Rigorosamente, não existe convalidação da concordata em recuperação judicial (nos moldes em que, pela lei anterior, a concordata se convolava em falência, com o aproveitamento de atos processuais e prosseguimento nos mesmos autos). O art. 192, § 3.º, da LRF evidencia que o deferimento da recuperação judicial intercorrente causa a extinção do processo de concordata⁸²⁹ e, embora não se proclame de forma expressa, parece-nos correto entender que ela se processará em autos próprios (e não nos autos da própria concordata a extinguir-se), sendo que, na recuperação, serão automaticamente incluídos os créditos habilitados na concordata, pelos valores que nela foram admitidos, porém descontando-se as importâncias porventura já pagas.⁸³⁰

quirografários) será composta pelos mesmos credores da concordata, visto que a estes credores irão sempre se somar, na recuperação judicial, os créditos constituídos após a impetração da concordata, e, precisamente por isso, seria pouco razoável supor que essa nova maioria pudesse então impor sacrifícios adicionais aos antigos credores. Dito o mesmo de outra forma, os credores da concordata não irão formar, necessariamente, a maioria dos credores na recuperação judicial, nem mesmo dentro da classe em que se inserem os quirografários (aos quais irão se conjugar não somente os créditos quirografários constituídos depois da impetração da concordata, mas, ainda, irão também se somar os créditos, preexistentes e os ulteriormente constituídos, com privilégio especial, com privilégio geral e os subordinados, *ex vi* do disposto no art. 41, inc. III, da LRF). Por fim, e em terceiro lugar, também não convence o argumento de que a exigência de pontualidade no pagamento da parcela acabaria por tornar inócua a recuperação intercorrente, supostamente porque, nesse caso, o devedor não mais precisaria se socorrer de novo processo concursal. Na realidade, nem a lei exige nem nós afirmamos que o depósito da parcela da concordata seria condição indispensável para o requerimento de recuperação intercorrente; o que a lei exige, apenas, é que o devedor não tenha descumprido, inadimplido, obrigação assumida no âmbito da concordata. Daí segue, a nosso ver, que o devedor em concordata poderá migrar para a recuperação judicial, por exemplo, *antes* de vencer a primeira parcela da concordata ou, então, antes do vencimento da segunda parcela, *desde que* tenha depositado integralmente o valor da primeira; em nenhuma hipótese, contudo, deveria poder vir a fazê-lo depois de ter *descumprido* obrigação no âmbito da concordata, pois assim o proíbe (acertada ou equivocadamente, tanto faz, não é tarefa do intérprete julgar) a lei. No mais, é inegável que a concordata e a recuperação judicial são institutos que, do ponto de vista subjetivo, congregam universos bem distintos de credores, e em inúmeros casos o devedor não apenas poderá, como até mesmo necessitará migrar de procedimento, ainda quando tenha conseguido, até então, cumprir com as obrigações assumidas no âmbito da concordata.

⁸²⁹ Note-se: o que determina a extinção do processo de concordata é a decisão que defere o processamento da recuperação judicial, e não a (ulterior e eventual) decisão concessiva do benefício (vide: TJSJ, 1.ª Câm. Dir. Com., AI 2006.002650-7, rel. Des. Ricardo Fontes, v.u., j. 17.08.2006; e TJSP, Câm. Esp. de Rec. e Fal., Ap. 431.156-4/4-00, rel. Des. Pereira Calças, v.u., j. 15.03.2006, BAASP 2503/458).

⁸³⁰ De acordo com a letra da lei, “os créditos submetidos à concordata serão inscritos por seu valor original na recuperação judicial, deduzidas as parcelas pagas pelo concordatário”. A expressão “valor original” não afasta a incidência da correção monetária verificada no entretempo e, portanto, não submete os créditos da concordata à recuperação judicial pelos seus valores históricos, notadamente porque a correção monetária não é acréscimo e, caso se a desconsiderasse, haveria quebra do princípio da *par conditio creditorum*. Assim foi decidido pelo TJSP, com inegável acerto: “É de trivial sabença que a correção monetária não é pena nem implica acréscimo ao valor corrigido, constituindo-se em instituto que tem por escopo manter intangível o valor intrínseco da moeda que é corroída pelo fenômeno inflacionário (...). Em rigor, a exigência de atualização

Outra questão relevante refere-se à competência para a apreciação do pedido de recuperação. Como o art. 192, § 3.º, da LRF, não veicula regra específica, prevalece a regra geral e, assim, a recuperação judicial haverá de ser pleiteada no foro competente do principal estabelecimento (art. 3.º da LRF), que, na maioria dos casos, será o mesmo da concordata; mas, se não for (p. ex., porque, depois da impetração da concordata, ocorreu a efetiva mudança do principal estabelecimento), prevalece a regra geral, porque a competência funcional aqui é absoluta e, portanto, não se prorroga e pode ser declarada de ofício.⁸³¹ Aliás, a simples mudança da sede social com o intuito de dificultar a ação dos credores não altera a competência do principal estabelecimento,⁸³² e, na atualidade, configura até ato de falência (art. 94, inc. III, d, da LRF). Contudo, se o juízo da concordata também for teoricamente o competente para a recuperação, remanesce em aberto a questão da competência do juízo: haveria prevenção do juízo que se encontra com o processo de concordata para o pedido de recuperação intercorrente? A nosso ver, a resposta positiva se impõe. Primeiro porque ambos teriam competência funcional; e, em segundo lugar, porque, neste caso, estaria prevento aquele que conheceu da causa em primeiro lugar (art. 106 do CPC).

Por fim, cumpre averiguar se o pedido de recuperação judicial intercorrente poderia ser apresentado apenas pelo devedor em concordata preventiva ou, ao revés, alcançaria também os devedores que, por ocasião da entrada em vigor da nova Lei, se encontravam em concordata suspensiva. Justifica-se a dúvida, pois, no § 2.º do art. 192 da LRF, é feita referência ao gênero “concordata”, sem restringir o alcance da regra a uma de suas espécies, sendo certo, ademais, que a proibição prevista no § 1.º do mesmo artigo refere-se apenas à concessão de novas concordatas suspensivas na vigência da Lei 11.101/2005, sem atingir as concordatas suspensivas previamente concedidas e pendentes de cumprimento (art. 183 do Dec.-lei 7.661/1945). Enfrentando especificamente a dúvida aqui colocada, Ricardo José Negrão Nogueira sustenta que o pedido de recuperação judicial

monetária dos créditos até a data do ajuizamento do pedido de recuperação judicial decorre do princípio da isonomia, que informa o concurso de credores. Por tais motivos, o valor declarado na concordata preventiva deverá ser indicado no pedido de recuperação judicial, atualizado até a data do ajuizamento deste” (TJSP, Câ. Esp. de Fal. e Rec., AI 429.622-4/1-00, rel. Des. Pereira Calças, v.u., j. 29.03.2006, *TJ* 298/466). No mesmo sentido: TJSP, Câ. Esp. de Fal. e Rec., AI 443.119-4/9-00, rel. Des. Pereira Calças, v.u., j. 30.08.2006, BAASP 2.503/457.

⁸³¹ Cf.: NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*, nota 3-3, p. 418. Nos tribunais (lei anterior): TJSP, Câ. Esp., CC 10.041-0, rel. Des. Torres de Carvalho, v.u., j. 16.01.1992; TJSP, Câ. Esp., CC 15.000-0, rel. Des. Garrigós Vinhaes, v.u., j. 22.10.1992; TJSP, Câ. Esp., CC 5.294-0/5, rel. Des. Cunha Camargo, v.u., j. 14.10.1993; e TJSP, Câ. Esp., CC 16.335-0/0, rel. Des. Lair Loureiro, v.u., j. 27.05.1993; *RTJ* 106/825; *RT* 533/98, 577/295 e 595/71; e *RJTJESP* 29/164, 73/203 e 75/196. Em direito comparado, vide: AULETTA, Giuseppe e SALANITRO Niccolò. *Diritto commerciale*, n. 298, p. 586; e FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*, 8. ed., n. 331, p. 553.

⁸³² Cf. (lei anterior): A simples alteração do endereço da sede no contrato social não gera a modificação do local do principal estabelecimento (cf.: STJ, 2.ª Seção, CC 32.988-RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, v.u., j. 14.11.2001, *DJU* 04.02.2002, p. 209; TJSP, Câ. Esp., CC 43.563-0, rel. Des. Alves Braga, v.u., j. 21.05.1998; TJSP, 6.ª Câ. Dir. Priv., AI 123.778-4, rel. Des. Mohamed Amaro, v.u., j. 07.10.1999; e *RJTJESP* 75/196 e 266/248). Em França, a jurisprudência é igualmente assente no sentido de que “*tout transfert fictif était considéré comme inopposable*” (Cass. civ. 1re, 21 juillet 1987: D. 1988, 169, note Rémy; Cass. com. 8 mars 1988: D. 1988, Somm., 339; *JCP* 1988, 15335, obs. Cabrillac et Vivant) (JEANTIN, Michel; LE CANNU, Paul. *Droit commercial: instruments de paiement et de crédit; entreprises en difficulté*, n. 615, nota 5, p. 395).

intercorrente apenas poderá ser formulado pelo devedor em concordata preventiva, pois o que estivesse em concordata suspensiva não teria como atender a condição exigida para a recuperação judicial, consistente em provar a extinção das obrigações da precedente falência decretada (art. 48, inc. I, da LRF): a “concordata suspensiva é a ‘ação constitutiva, incidental ao processo de falência, que tem por objetivo imediato o sobrestamento dos efeitos da sentença declaratória de quebra, com a reaquisição e livre disposição dos bens arrecadados e o retorno do devedor comerciante ao exercício de sua empresa’. Portanto, tratando-se de mero ‘sobrestamento dos efeitos da quebra’ nessa modalidade de concordata as responsabilidades do falido ainda não foram declaradas extintas, havendo óbice ao pedido diante da literalidade do disposto no art. 48, I, da nova lei”.⁸³³ Contra semelhante posição, no entanto, poder-se-ia objetar que a LRF deve ser interpretada sistematicamente e, portanto, se num preceito específico o legislador expressamente consagrou a regra de que “a existência de pedido de concordata anterior à vigência desta Lei não obsta o pedido de recuperação judicial pelo devedor”, então, é porque, com isso, desejou, de certo, instituir regramento específico, a excepcionar as demais regras do diploma legal que a ela se oponham; assim, a exigência do art. 48, inc. I, da LRF há de ser interpretada sistematicamente e conciliada com o art. 192, § 2.º, de modo a levar o intérprete à conclusão de que o devedor em concordata suspensiva (= devedor cuja concordata suspensiva tenha sido deferida antes da vigência da LRF) pode, ao menos em tese, pleitear a sua recuperação judicial intercorrente, desde que não tenha descumprido obrigação no âmbito da concordata e nem se trate de recuperação especial de microempresa ou empresa de pequeno porte.⁸³⁴

367. Recuperação intercorrente na falência: inadmissibilidade

A recuperação judicial poderá iniciar-se na pendência de concordata (desde que não existam impedimentos), mas não poderá despontar no curso de falência decretada na vigência da lei antiga (art. 48, inc. I, da LRF),⁸³⁵ mesmo se nela tiver sido deferida a continuação dos negócios do falido.⁸³⁶ E, justamente para evitar que esse mesmo resultado

⁸³³ NOGUEIRA, Ricardo José Negrão. Recuperação judicial. In: SANTOS, Paulo Penalva (coord.). *A nova Lei de falências e de Recuperação de Empresas – Lei 11.101/2005*, n. 2.2.1, p. 134.

⁸³⁴ Em idêntico senso, Luiz Antonio Soares Hentz e Adalberto Simão filho registram que, nas hipóteses figuradas, “assiste ao devedor em regime de concordata preventiva ou suspensiva (pois a lei não restringiu o assunto) a faculdade de migrar para o regime de recuperação judicial” (In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords.) *Comentários à nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências*, p. 653).

⁸³⁵ Cf.: “Se a falência da agravante foi decretada sob a égide do Dec.-lei 7.661/1945, não lhe é dado formular pedido de recuperação judicial por expressa vedação do art. 192 da Lei 11.101/2005, a nova Lei de Falências, mormente quando não se tratar da exceção contida no § 2.º do mesmo dispositivo legal” (TJMG, AI 1.002.405.732.896-5/001(1), 7.ª CC., rel. Des. Edivaldo George dos Santos, v.u., j. 09.05.2006, BAASP 2.503/460).

⁸³⁶ Em sentido contrário (deferindo o processamento de recuperação judicial no curso da falência, na qual antes se havia autorizado a continuação dos negócios do falido): TJSP, AI 404.275.4/4-00, Câ. Esp. Rec. e Fal., rel. designado Des. Romeu Ricupero, m.v., j. 29.03.2006, JTJ 301/411. Mesmo vedando a lei o menos (concessão de concordata suspensiva), admitiu-se o mais (deferimento da recuperação judicial), deixando assim margem, pois, para que mesmo o devedor que tenha descumprido obrigação no âmbito da concordata possa, mais adiante, tentar obter a recuperação judicial, após o decreto de sua quebra.

fosse obtido de forma indireta, o art. 192, § 1.º, da LRF veda o deferimento de concordatas suspensivas nos processos de falência iniciados sob a égide da lei antiga⁸³⁷ (impedindo, pois, que o falido possa obter concordata suspensiva e, daí, pleitear recuperação judicial). A proibição alcança, inclusive, as concordatas que tenham sido requeridas pelo devedor, mas não concedidas pelo juiz na vigência da lei antiga;⁸³⁸ antes de concedida, o devedor não tem qualquer direito adquirido à obtenção do favor legal, mas somente uma expectativa de direito.

Significa dizer, portanto, que as falências decretadas sob o império da lei antiga continuarão com o processo de liquidação do patrimônio até o seu fim, sem qualquer possibilidade de reerguimento. A bem da verdade, aliás, a concordata suspensiva de há muito transformou-se em letra morta, em face da impossibilidade prática de o devedor conseguir obtê-la.

368. Locação ou arrendamento de bens da massa em processos de falência regidos pelo Dec.-lei 7.661/1945

Pouco tempo após ter entrado em vigor, a Lei 11.101/2005 sofreu a sua primeira modificação, com o acréscimo de novo parágrafo (§ 5.º) ao seu art. 192. Aproveitando-se da célere tramitação de um Projeto de Lei de Conversão (de medida provisória em lei ordinária) – que versava sobre tema estranho ao da lei em comento e que, portanto, em boa técnica, não deveria dispor conjuntamente sobre esta matéria –,⁸³⁹ o legislador introduziu na Lei 11.101/2005, através da Lei 11.127, de 28 de junho de 2005, a seguinte regra específica para os processos de falência que, transitariamente, continuarão a ser regidos pelas disposições do Dec.-lei 7.661/1945: “§ 5.º O juiz poderá autorizar a locação ou o arrendamento de bens imóveis ou móveis a fim de evitar a sua deterioração, cujos resultados reverterão em favor da massa”.

Sob a égide da lei falimentar pretérita, havia juízes que já admitiam a locação e o arrendamento como formas válidas de administração e preservação dos bens da massa.⁸⁴⁰ A nova regra, agora, veio a torná-las expressas. No entanto, poderia o nosso legislador

⁸³⁷ Cf.: “Agravo de instrumento. Deferimento à ora agravada de concordata suspensiva de sua falência pelo juízo monocrático empresarial, após a vigência da nova Lei de Falências. Recurso do Ministério Público contra esta concessão (...). Impossibilidade de concessão de concordata suspensiva, no curso de falências, que vigorem sob a égide da Lei 11.101/2005, em face do disposto no § 1.º, de seu art. 192 e ainda que afronte o estabelecido no inc. IV, do art. 140, do Dec.-lei 7.661/1945” (TJRJ, 1.ª CC., AI 2006.002.00471, rel. Des. Célio Geraldo de Magalhães Ribeiro, v.u., j. 26.04.2006).

⁸³⁸ No entanto, se a concordata suspensiva tiver sido concedida ainda na vigência da lei antiga, deve continuar a tramitar normalmente, atendidas as regras do Dec.-lei 7.661/1945. Neste sentido: HENTZ, Luiz Antonio Soares; SIMÃO FILHO, Adalberto. *Comentários à nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências* (obra coletiva) – coords. Newton De Lucca e Adalberto Simão Filho, São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 653. Em sentido diverso, porém, vide: PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência*, Rio de Janeiro: Forense, 2006, n. 324, p. 385.

⁸³⁹ Art. 7.º, incs. I e II, da LC 95/1998; “Art. 7.º O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação, observados os seguintes princípios: I – excetuadas as codificações, cada lei tratará de um único objeto; II – a lei não conterá matéria estranha ao seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão”.

⁸⁴⁰ Assim: “Arrendamento. Bens de massa falida. Admissibilidade. Agravo provido. Aplicação do art. 123 do Dec.-lei 7.661/1945” (TJRS, AI 583.047.071, 3.ª Câm., rel. Des. Antônio Amaral Braga, v.u., j. 07.06.1984, RT 589/185).

ter-se expressado de maneira mais completa, prevendo, diretamente ou de forma remissiva, a aplicação do disposto nos §§ 1.º e 2.º do art. 114 da LRF.

Por fim, considerando que a celeridade deve sempre ser prestigiada (art. 75, parágrafo único, da LRF), entendemos que a locação de bens da massa falida deverá ser utilizada com parcimônia, estando vocacionada a atender as situações em que a alienação antecipada de bens não for viável ou recomendável, frente às particularidades do caso concreto.

Art. 193. O disposto nesta Lei não afeta as obrigações assumidas no âmbito das câmaras ou prestadoras de serviços de compensação e de liquidação financeira, que serão ultimadas e liquidadas pela câmara ou prestador de serviços, na forma de seus regulamentos.

FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JÚNIOR

369. As entidades de compensação e liquidação (*clearings*)

As câmaras e prestadoras de serviços de compensação e liquidação, também chamadas de *clearing houses* ou simplesmente *clearings*, são entidades ou órgãos criados a fim de aumentar a segurança e agilidade de liquidação de operações realizadas por agentes que operam num determinado sistema ou mercado e que se sujeitam, voluntariamente ou em função de norma, a regras especiais de execução de suas operações.

Apesar de existirem a séculos,⁸⁴¹ o conceito de câmara de compensação amadureceu nos Estados Unidos, nas décadas de 60 e 70, quando se percebeu que em certos mercados, o mau desempenho de um agente poderia colocar em risco todo o sistema. O risco de liquidez (impossibilidade de liquidação da obrigação no vencimento) ou de crédito (liquidação impossível mesmo após o vencimento)⁸⁴² de um dos agentes deveria ser considerado em função do sistema, pois poderia trazer conseqüências que ultrapassavam os interesses exclusivos das partes com quem o agente tinha contratado. E de acordo com o volume negociado e com o número de partes envolvidas, eventuais problemas de um sistema poderiam inclusive interferir em outros, caracterizando o que se convencionou chamar um risco *sistemicamente importante*.⁸⁴³

Nesses casos, a atuação da *clearing* é importantíssima. Além de estabelecer regras de liquidação e limites operacionais, ela intervém nas operações após o fechamento do contrato entre as partes a fim de administrar os processos de liquidação e a eficiência das garantias oferecidas para o perfeito cumprimento das obrigações assumidas (além de poder, eventualmente, realizar a custódia de títulos, valores mobiliários e outros ativos, atividade independente que pode auxiliá-la no desempenho de sua função, principalmente em mercados como os de bolsas de valores). As câmaras especializadas na liquidação e compensação das operações oferecem uma solução eficaz de diminuição dos custos de transação das operações realizadas em *sistemas sistemicamente importan-*

⁸⁴¹ VAUPLANE e BORNET registram o exercício de atividade similar já nas feiras de Lion, na alta idade média (VAUPLANE, Hubert de; BRONET, Jean Pierre. *Droit de labourse*, p. 362). Para um histórico do sistema de compensação, veja KOHN, Meir. *Payments and the development of financials in pré-industrial Europe*.

⁸⁴² Circular BACEN 3.057/2001, art. 2.º, inc. XVIII e XIX.

⁸⁴³ Idem, inc. XXXIII.

tes.⁸⁴⁴ São responsáveis pela liquidação física (entrega de ativos) e financeira (entrega de recursos) de todas as operações realizadas no âmbito de sua atuação.

Preocupado com a questão, no início da década de 90 o BIS – *Bank for International Settlement* fez publicar um documento que oferecia as bases para um sistema eficiente de pagamentos (liquidação e compensação): *Core Principles for Systemically Important Payment Systems*. O documento reconhece como um dos elementos de fortalecimento do sistema de liquidação e compensação a exigibilidade, nos termos contratados e em qualquer hipótese, das obrigações decorrentes dos contratos sujeitos à atuação das câmaras de compensação, mesmo diante da insolvência do participante.

Seguindo a tendência de fortalecer as instituições em mercados regulados que o Banco Central do Brasil considerou sistemicamente relevantes, foi promulgada a Lei 10.214/2001, que estabelece as bases para o Sistema Brasileiro de Pagamentos – SBP, determinando que nas operações realizadas em tais sistemas deverá haver a intervenção de uma câmara ou prestadora de serviços de compensação e liquidação.

São entidades componentes do Sistema Brasileiro de Pagamentos hoje: câmaras de compensação e liquidação de câmbio e de derivativos da BM&F; a CBLC – Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia, ligada à BOVESPA; a CETIP – Câmara de Custódia e Liquidação; o SELIC – Sistema Especial de Liquidação e Custódia; a CIP – Câmara Interbancária de Pagamentos; TECBAN – Tecnologia Bancária S/A, entre outras.⁸⁴⁵

370. Câmaras e prestadoras de serviço

A Resolução 2.882/2001 do CMN, que regulamenta os termos da Lei 10.214/2001 diferencia, para os fins a que se destina, as ‘câmaras’ das ‘prestadoras de serviço’. De acordo com o parágrafo único do art. 2.º, são consideradas câmaras as entidades que exercem, como atividade principal, as funções de liquidação e compensação de operações nos termos da Lei, sendo consideradas prestadoras as que o fazem de modo acessório. Não é necessário, afinal, que a entidade seja criada com a exclusiva finalidade de controlar a liquidação e compensação das operações, ainda que isso possa ser desejável por uma questão de isolamento de risco.

371. Câmara como contraparte

A intervenção das *clearings* nas operações de mercados *sistemicamente importantes* dá-se através de sua atuação como contraparte de todos os negócios realizados no âmbito de sua competência, como comanda o art. 4.º da Lei 10.214/2001.⁸⁴⁶ No instante imediatamente posterior à celebração do contrato, a câmara de liquidação e compensação assume

⁸⁴⁴ Cf. CASANOVA, Jean François. Role played by risk management and clearing systems in the economy of futures exchanges and ECNs. Acesso 12.03.2005.

⁸⁴⁵ <http://www.bacen.gov.br/?SPB>. Acesso 22.04.2005.

⁸⁴⁶ “Art. 4.º Nos sistemas em que o volume e a natureza dos negócios, a critério do Banco Central do Brasil, forem capazes de oferecer risco à solidez e ao normal funcionamento do Sistema Financeiro, as câmaras e os prestadores de serviço de compensação e liquidação assumirão, sem prejuízo de obrigações decorrentes de Lei, regulamento ou contrato, em relação a cada participante, a posição de parte contratante, para fins de liquidação das operações realizadas por intermédio da câmara ou prestador de serviços”.

a posição de contraparte para ambos os contratantes.⁸⁴⁷ É como se o contrato celebrado fosse ‘cortado ao meio’⁸⁴⁸ dele surgindo duas novas relações jurídicas tendo ambas, por contraparte, a câmara de liquidação e compensação. Dessa forma, quem deveria pagar ao outro contratante original, passará a dever à câmara; quem do contratante original receberia, da câmara passará a ser credor.⁸⁴⁹ O mesmo se aplicando quanto à entrega e recebimento dos ativos eventualmente negociados.

Essa necessária intervenção da câmara de liquidação e compensação traz consigo conseqüências importantes. Terminam as relações diretas entre as partes originalmente contratantes; cortam-se as ligações entre elas. As operações adquirem assim um caráter de impessoalidade – pouco importa quem é o contratante porque após o fechamento, a contraparte passará necessariamente a ser a câmara. Qualquer contratante oferecerá à outra parte original o mesmo risco de insolvência, qual seja, o risco da câmara, que assumirá o papel de contraparte de ambos.

Como a câmara somente assume obrigações equivalentes e opostas, se tudo correr como previsto, na liquidação do contrato ela receberá das partes todos os valores e ativos necessários à satisfação das posições assumidas. Para assegurar-se de que isso ocorrerá, a câmara de compensação e liquidação exige dos contratantes que ofereçam garantias de bom desempenho das obrigações assumidas e as avalia constantemente para assegurar-se de que mantêm nível de valor e liquidez (aptidão para se converter rapidamente em dinheiro ou no ativo contratado) suficientes para assegurar o cumprimento do quanto devido no vencimento. Em caso de inadimplemento de qualquer participante, a câmara – que se obrigou pessoalmente perante a contraparte – irá satisfazer a obrigação junto ao contratante adimplente e voltar-se contra o participante faltoso. Por isso é necessário à câmara ou prestador de serviços de compensação e liquidação manter patrimônio especial apto a arcar com os valores decorrentes de eventuais inadimplementos das partes contratantes, especialmente enquanto não se realiza a plena execução das garantias.⁸⁵⁰

Pelo caráter de mutualidade da atividade das *clearings*, todos os participantes do sistema arcam com os custos do inadimplemento do participante faltoso (*risk sharing*) uma vez que é necessário recompor os fundos garantidores das operações, utilizados pela câmara para quitar a obrigação do agente inadimplente. É essa estrutura que garante aos participantes o bom desempenho do sistema de negociações orientado sob a égide do SBP – Sistema Brasileiro de Pagamentos. A manutenção da higidez do sistema de compensação e liquidação ultimado pelas *clearings* carrega em si forte conteúdo

⁸⁴⁷ A grande maioria da doutrina trata a hipótese como novação subjetiva, Cf. GORGA, Érica Cristina R. A importância dos contratos a futuro para a economia de mercado, n. 112, p. 193.

⁸⁴⁸ In practical terms, once a transaction is made on the floor of the exchange, the clearing process cuts the contract in half, interposes itself as the buyer for the seller and the seller for the buyer” (GREENSTONE, W.D. The CFTC and government reorganization: preserving regulatory independence, n. 1, p. 46).

⁸⁴⁹ “Os contratos originalmente celebrados entre esses participantes, por intervenção obrigatória da *clearing house*, desaparecem, passando a *clearing* a ser parte compradora de todos os vendedores e a parte vendedora de todos os compradores”. STURZENEGGER, Luiz Carlos. *Doutrina do patrimônio de afetação e o novo sistema de pagamentos brasileiro*, v. 11, p. 253.

⁸⁵⁰ Lei 10.214/2001, art. 5.º.

de interesse público, uma vez que sobre tais mecanismos repousa a segurança das operações financeiras, bursáteis etc.⁸⁵¹ A câmara de compensação e liquidação não opera em seu próprio benefício, mas no interesse exclusivo da higidez do sistema que pretende proteger. Nenhum lucro advirá para a câmara pelo perfeito cumprimento das obrigações assumidas,⁸⁵² e também idealmente, nenhum prejuízo dele deveria decorrer. Assim se explica porque as movimentações financeiras das câmaras e prestadoras de serviços de compensação e liquidação sequer estão sujeitas à incidência de CPMF, o que destaca seu caráter instrumental.⁸⁵³

372. Liquidação e compensação multilateral

Partes que se inter-relacionam reiteradamente podem celebrar acordos de compensação (*netting agreements*) de modo a garantir a extinção das obrigações recíprocas que se equivalerem. Esse é o tradicional desenho do acordo de compensação bilateral (*bilateral netting*), que pressupõe que as relações acima ocorrerão entre duas partes definidas que serão sempre credora ou devedora da outra.

Outra modalidade de compensação é a chamada compensação multilateral (*multilateral netting*)⁸⁵⁴ que decorre da aplicação das regras impostas aos participantes de mercados nos quais atuam as câmaras de liquidação e compensação, da sua intervenção como contraparte e da padronização dos contratos.

A compensação multilateral ocorre porque todo o contrato realizado sob a égide do SBP passa a ser contrato não de parte com parte, mas de parte com a câmara de liquidação. Se 'A' contrata com 'B' a aquisição de 100 ativos por \$100 para pagamento em 10/09, e no dia seguinte 'A' contrata com 'C' a venda dos 100 ativos, pelos mesmos \$100, na mesma data futura, as conseqüências das operações serão diversas dependendo da realização da operação sob a égide da câmara ou não. Se a operação se der diretamente entre as partes, nenhuma conseqüência advirá para 'A', que terá que cumprir ambos os contratos. Afinal, as obrigações só se compensam desde que celebradas entre as mesmas partes, o que não ocorre no caso (A-B, C-A). Entretanto, se as operações se derem no âmbito de atuação da câmara de liquidação e compensação (CLC), esta assumirá o papel de contraparte em ambos os contratos. O resultado então serão quatro relações jurídicas diversas e independentes entre si (A-CLC, CLC-B, C-CLC, CLC-A). O resultado é que 'A' será credor e devedor da câmara de liquidação e compensação em obrigações de mesma natureza que, portanto, se compensam e se extinguem na exata

⁸⁵¹ "By assuming the responsibilities to both the buyer and the seller of a contract, thereby releasing each one from his personal and individualized obligation to the order, and requiring a kind of performance bond that fluctuates daily so that the risk exposure of possible non performance is kept constant, the clearing mechanism of the exchange become the final step in the evolution of the futures contracts as they are traded today." (GREENSTONE, *The CFTC and government reorganization: preserving regulatory independence*, p. 46).

⁸⁵² Nada impedindo que as câmaras e prestadoras de serviços cobrem pelos serviços de liquidação e compensação realizados. Mas essa cobrança não terá certamente ligação com o resultado financeiro da operação.

⁸⁵³ Art. 85, I, *a* dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias ADCT, com a redação dada pela EC n. 37 de 12 de junho de 2002; bem como pelo Dec. 4.296, de 10 de julho de 2002, art. 1.º, I.; Instrução Normativa SRF 450/2004.

⁸⁵⁴ Cf. art. 2.º, V do regulamento anexo à Circular BACEN 3.057.

medida do que se equivalerem.⁸⁵⁵ A compensação multilateral (*multilateral netting*) só se torna possível graças à atuação da câmara ou prestadora de serviços de compensação e liquidação como contraparte de todos os contratantes.

373. As câmaras como entidades auto-reguladoras

A auto-regulação, conforme Ogus,⁸⁵⁶ só se justifica mediante simultânea ocorrência de três fatores: existência de uma falha relevante de mercado (risco de crédito e de liquidez dos participantes, por exemplo), ineficiência dos instrumentos legais tradicionais para solução da imperfeição, e que o custo da regulação para prevenir as falhas não seja maior que o custo das próprias falhas. Os três fatores se encontram no caso da atuação das câmaras de liquidação e compensação, o que justifica sua atuação como entidade auto-reguladora das operações realizadas no seu âmbito de atuação. Não se trata de adesão voluntária dos agentes às regras da câmara, mas de necessária subordinação decorrente do disposto nos arts. 8.º e 17 da Lei 6.385/1976. No exercício de sua atividade auto-reguladora, além de estabelecerem os regulamentos operacionais a serem seguidos pelas partes contratantes, as câmaras possuem ainda poder de fiscalização e punição de eventuais infratores (agentes de compensação).

374. As operações subordinadas às *Clearings* e à Lei 11.101/2005

O art. 193 da Lei 11.101/2005 praticamente repete os termos do art. 7.º da Lei 10.214/2001.⁸⁵⁷ O legislador brasileiro seguiu a tendência mundial de preservar a integridade das operações e garantias celebradas no âmbito de atuação das câmaras de liquidação e compensação mesmo no caso de declaração de insolvência (falência) da parte como meio de assegurar o bom funcionamento dos mercados. É por isso que, mesmo em face da decretação de falência da parte contratante, seu contrato com a câmara de liquidação e compensação simplesmente não se afeta: não será resolvido – nem se assim quiser o administrador judicial – não terá suas obrigações vencidas antecipadamente, não será arrecadado. Simplesmente será noticiado nos autos da falência, transferindo-se para a massa o resultado da solução da operação. Também em razão disso, a compensação que poderá ter lugar nos termos do regulamento da câmara estará respaldada não no conteúdo do art. 122 da LRF, mas na aplicação deste art. 193, em conjunto com as regras aplicáveis às operações sob a égide do SBP. Mesmo no caso de recuperação judicial ou extrajudicial, as operações realizadas no âmbito de atuação da câmara de compensação e liquidação não serão afetadas: não se vencerão antecipadamente, nem terão suspensão a exigibilidade de seus créditos etc.

Art. 194. O produto da realização das garantias prestadas pelo participante das câmaras ou prestadores de serviços de compensação e de liquidação financeira submetidos aos regimes

⁸⁵⁵ Art. 368 do CC: “Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem”.

⁸⁵⁶ OGUS, O, *Rethinking self-regulation* p. 374.

⁸⁵⁷ “Art. 7.º Os regimes de insolvência civil, concordata, intervenção, falência ou liquidação extrajudicial, a que seja submetido qualquer participante, não afetarão o adimplemento de suas obrigações, assumidas no âmbito das câmaras ou prestadores de serviços de compensação e de liquidação, que serão ultimadas e liquidadas pela câmara ou prestador de serviços, na forma de seus regulamentos.”

de que trata esta Lei, assim como os títulos, valores mobiliários e quaisquer outros de seus ativos objetos de compensação ou liquidação serão destinados à liquidação das obrigações assumidas no âmbito das câmaras ou prestadoras de serviços.

FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JÚNIOR

375. Garantias no âmbito dos sistemas de compensação e liquidação

Questão fundamental para a eficiência da atuação da Câmara de Liquidação e Compensação consiste na certeza de efetividade das garantias oferecidas às operações realizadas no âmbito de sua atuação, mesmo em face da insolvência das partes.

Recorde-se que a Câmara de Liquidação e Compensação intervém nas operações realizadas sob sua competência, assumindo, em regra, o papel de contraparte.

A segurança da operação e especialmente da intervenção da Câmara de Liquidação e Compensação dependem fundamentalmente do controle das garantias oferecidas pelos participantes, especialmente sob o ponto de vista de sua suficiência e exequibilidade. As garantias podem vir sob variadas formas, mas especialmente através de caução de quantia pecuniária ou de títulos e valores mobiliários.

Compete à Câmara, até o vencimento da operação, manter rigoroso controle dos valores e da liquidez dos ativos oferecidos⁸⁵⁸ a fim de assegurar-se de que, no momento da liquidação, independentemente das variações do mercado, sempre haverá recursos necessários à solução das operações realizadas. Em contrapartida, só existe razão de ser no sistema se, ao fim e ao cabo de cada operação, tiver a Câmara certeza de que poderá executar as garantias em caso de *default* do participante, independentemente da sua causa.

376. Garantias e insolvência

Uma vez tendo a câmara ou prestadora de serviços bem realizado seu papel, e assegurado na data de vencimento que as garantias oferecidas são suficientes para a liquidação da posição da parte contratante, seu único risco estará na impossibilidade de utilizá-las, o que poderia dar-se principalmente em caso de bloqueio de bens do participante na decretação de sua liquidação por insolvência (falência ou liquidação extrajudicial).

Pela regra geral, em grau concursal, qualquer um que tenha recebido bens ou valores em garantia de obrigação teria que ser classificado como credor com garantia real, sujeito a rateio e a pagamento juntamente com os demais credores. A hipótese é inconcebível no caso das *clearings* especialmente porque as garantias conferidas nos termos do Sistema Brasileiro de Pagamentos não operam em favor dela, mas da eficiência e fluidez do sistema de operações que sua atuação pretende preservar. Como no dizer de Emilio Díaz Ruiz, “esse privilégio poderia parecer odioso mas é absolutamente necessário porque não trata de proteger em si mesmo o patrimônio da Câmara de Compensação e Liquidação, permitindo-lhe manter direitos superiores aos dos demais credores (...) mas sim protege a própria solidez e solvência do mercado, pois não esqueçamos que a Câmara garante a todos o cumprimento de todos os contratos e só pode fazê-lo se o sistema de

⁸⁵⁸ Para uma análise do critério de liquidez, cf. SZTAJN, Rachel Conceito de liquidez na Disciplina do Mercado de Valores Mobiliários, v. 126, p. 7 e ss.

garantias estabelecido funcionar corretamente (...)”.⁸⁵⁹ O tratamento diferenciado às garantias oferecidas à Câmara não ofende a *par conditio creditorum* porque esta não é um credor comum, mas simplesmente a entidade que representa a viabilidade de liquidez e de crédito de um sistema de negociações.

Por outro lado, as garantias são sempre conferidas no contexto de uma determinada operação, e o resultado dessa operação, se positivo, será revertido para a massa.

O aparente conflito entre a disposição específica relativa às garantias outorgadas às câmaras de compensação e liquidação e as disposições gerais da Lei de Falências sobre as garantias reais não é um problema novo. O Real Decreto Espanhol 1814/1991, por exemplo, estabelecia que as garantias de operações bursáteis conferidas às caixas de liquidação não respondiam por qualquer obrigação distinta daquelas das derivadas de operações de mercado regulado nem quanto a pessoas distintas daquelas em cujo favor se constituíram. O quer se via, entretanto, era o descumprimento do preceito sob o pretexto de superior incidência das normas gerais falimentares, arrecadando-se o crédito da câmara e classificando-a como credora com privilégio especial ligado ao valor dos bens garantidores da operação.⁸⁶⁰ A interpretação prevaleceu até o advento da disposição adicional 7.^a da Lei espanhola 3/1994 que, incorporando as disposições da segunda Diretiva de Coordenação Bancária, deu às câmaras de compensação e liquidação da Espanha *derecho absoluto de separación*⁸⁶¹ quanto aos valores e outros bens em que se estivessem materializadas as garantias a elas conferidas, mesmo no caso de insolvência ou execução concursal do titular do débito garantido.

Essa mesma tendência de valorização da independência e autonomia das garantias nota-se na Diretiva 98/26/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Maio 1998 relativa ao caráter definitivo da liquidação nos sistemas de pagamentos e de liquidação de valores mobiliários, que em seu art. 9.^o determina a manutenção das garantias de valores mobiliários em sistemas de compensação mesmo em caso de insolvência do devedor.⁸⁶² Também nesse sentido, o Capítulo 13.1. do *Payment, Clearing and Settlement Act* Canadense de 1996 foi alterado em 2002 justamente para assegurar às câmaras de compensação e liquidação, sem margem para interpretações diversas, a plena liberdade de execução das garantias oferecidas no âmbito das operações por elas intermediadas em caso de falência da contraparte.

⁸⁵⁹ RUIZ, Emilio Díaz. El regimen de garantias em MEFF, p. 112.

⁸⁶⁰ Idem, p. 111.

⁸⁶¹ Apartados 1 e 2.

⁸⁶² “Preservação dos direitos dos titulares de garantias contra os efeitos da falência da parte que constituiu as garantias. Artigo 9.^o 1. Os direitos: de um participante beneficiário das garantias constituídas a seu favor no quadro de um sistema, e dos bancos centrais dos Estados-membros ou do futuro Banco Central Europeu beneficiários das garantias constituídas a seu favor; não serão afectados por um processo de falência contra o participante ou a contraparte dos bancos centrais dos Estados-membros ou do futuro Banco Central Europeu que constituiu as garantias. Estas poderão ser realizadas para satisfação desses direitos 2. Quando forem dados valores mobiliários (incluindo direitos sobre valores mobiliários) como garantia aos participantes e/ou aos bancos centrais dos Estados-membros ou ao futuro Banco Central Europeu nos termos referidos no n. 1 e o direito destes (ou o de qualquer mandatário, agente ou terceiro actuando em seu nome) relativamente aos valores esteja legalmente inscrito num registo, conta ou sistema de depósito centralizado situado num Estado-membro, a determinação dos direitos dessas entidades como titulares da garantia relativa a esses valores regular-se-á pela legislação desse Estado-membro.”

No direito brasileiro, o dispositivo foi introduzido em 2001, com a Lei 10.214 que tratava do Sistema Brasileiro de Pagamentos – SPB, como visto. O art. 7.º da referida Lei traz um parágrafo único cuja redação é próxima à do dispositivo em tela.⁸⁶³ Não deveria, portanto, causar qualquer tipo de surpresa ou dificuldade a verificação desse dispositivo na Lei 11.101/2005, a não ser pela infelicidade as alterações gramaticais, que demandam um complexo trabalho de interpretação para reconhecimento de sua finalidade. Senão vejamos. O parágrafo único do art. 7.º da Lei 10.214/2001 é claro ao referir-se às garantias prestadas pelo participante nas operações no âmbito das câmaras de compensação e liquidação. Nada mais é necessário ao pleno entendimento de seu conteúdo, mesmo porque o art. 2.º da Resolução CMN 2882/2001 esclarece inequivocamente quem são os *participantes diretos e indiretos* (Cf. incs. III e IV). Já o art. 194 possui pelo menos dois erros grosseiros que lhe prejudicam o entendimento. Primeiro, há a dificuldade de saber quem são “participantes das câmaras ou prestadoras de serviços de compensação ou liquidação”. Ninguém, além dos seus sócios ou associados, ‘participa’ das câmaras ou prestadoras de serviços de compensação ou liquidação. Como não há razão para tomar-se em consideração questões societárias internas no âmbito da Lei 11.101/2005, essa interpretação deve ser desprezada, fazendo concluir que o que pretendia o legislador era referir-se a participante nos termos da Resolução 2.882/2001 da CMN, ou seja, aquele que realiza operações que serão liquidadas ou compensadas no âmbito de atuação das câmaras e prestadoras de serviço em questão. Por outro lado, o termo *participante* vem no singular levando a concluir-se que não seria a ele referida a expressão “submetidos aos regimes de que trata esta Lei” nem tampouco seriam seus os ativos “objetos (sic) de compensação ou liquidação”. Novamente fruto de equívoco na redação do dispositivo. Para que se respeitasse a construção gramatical e principalmente o plural usado, forçoso seria concluir que os “submetidos ao regime” da Lei 11.101 seriam as câmaras e prestadores de serviço de compensação e liquidação, o que é absurdo por vários motivos: (i) não há qualquer razão em criar-se regime especial na Lei de Falência e Recuperação de Empresas para o caso de dificuldade financeiro-econômica da própria câmara de compensação; (ii) o dispositivo na qual o art. 194 se baseia (parágrafo único do art. 7.º da Lei 10.214/2001), pela precisão gramatical, deixa claro tratar-se de regime de exceção aplicável às garantias oferecidas por participantes de operações no âmbito das câmaras de compensação; (iii) as câmaras de compensação não oferecem, elas mesmas, garantias a operações que merecessem especial tratamento; e finalmente (iv) o bem maior que se pretende preservar, como compreendido na lição do direito comparado, é a higidez do sistema de compensação através da proteção da eficácia das garantias oferecidas pelos participantes no caso de sua insolvência ou restrição de pagamentos. Daí porque afirmarmos que a norma refere-se exclusivamente aos bens e ativos oferecidos em garantia pelos participantes de operações liquidadas ou compensadas no âmbito de atuação das câmaras e prestadoras de serviços.

Bens oferecidos em garantia de operações realizadas em bolsas de valores, mercadorias, futuros etc. ou em mercados regulados com intervenção de câmara de liquidação

⁸⁶³ “Parágrafo único. O produto da realização das garantias prestadas pelo participante submetido aos regimes de que trata o *caput*, assim como os títulos, valores mobiliários e quaisquer outros seus ativos, objeto de compensação ou liquidação, serão destinados à liquidação das obrigações assumidas no âmbito das câmaras ou prestadores de serviços”.

e compensação não poderão ser arrecadados e deverão ser preservados para satisfação das operações que garantem, mesmo em caso de falência dos seus titulares.

Assim, em que pesem respeitáveis opiniões em contrário,⁸⁶⁴ parece uma medida de maturidade do legislador reconhecer que as garantias oferecidas no âmbito das câmaras de compensação e liquidação não devem estar sujeitas ao regime falimentar.

Mesmo em caso de reconhecida insolvência da parte contratante, inclusive com instauração de concurso de credores, a câmara deverá, se necessário, ultimar a liquidação da garantia, solver integralmente o débito do falido junto ao sistema e, prestando conta de seus atos no âmbito da falência, entregar ao administrador judicial eventuais sobras para composição da massa, ou habitar-se como credor quirografário em caso de insuficiência das garantias para solução do débito. Só neste último caso a câmara ira sujeitar-se às regras aplicáveis aos demais credores da mesma classe.

377. Garantias e recuperação judicial e extrajudicial

Considerando-se a tendência à preservação das garantias oferecidas à câmara de liquidação e compensação no âmbito das operações das quais participam mesmo em face da instauração de procedimento concursal quanto ao participante garantidor, seria possível questionar-se se o mesmo preceito vale para ao caso de recuperação judicial.⁸⁶⁵ Isso porque, quanto à recuperação judicial, há dispositivo expresso (art. 49, § 5.º) que trata do regime aplicável aos créditos com garantia real (caução) de títulos de créditos, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários, hipótese que sem dúvida nenhuma, abarca os mais relevantes meios de garantia oferecidos às *clearings*. E o regime estabelecido para tais casos é o de manutenção em “conta vinculada” (sic) dos valores obtidos com a garantia durante o período da suspensão por até 180 dias das ações contra o empresário em recuperação judicial (*stay period*).

A análise mais apurada do dispositivo leva ao reconhecimento de que mesmo em caso de recuperação judicial ou extrajudicial prospera a manutenção da garantia oferecida à câmara de compensação e liquidação. As razões são de duas naturezas: lingüística e sistemática. Do ponto de vista lingüístico, a norma refere-se a participantes “submetidos aos regimes de que trata”. Ora, a Lei trata dos regimes de falência, recuperação judicial e extrajudicial. Nos três casos, portanto, deveria ser aplicada a exceção. A imprecisão do legislador quanto á forma de redação do texto, entretanto, demanda outro fundamento para a conclusão dessa tendência interpretativa. Uma vez que se definiu que o bem maior ser tutelado pelo art. 194 é a hígidez dos sistemas operados com intervenção das câmaras e prestadoras de serviços de compensação e liquidação, não haveria lógica em preservar-se o mercado em caso de falência do participante mas deixá-lo à sua sorte no caso das recuperações. A neutralização das hipóteses que poderiam influenciar negativamente a compensação e liquidação das operações sistemicamente importantes é o que busca a norma em análise, o que só pode dar-se plenamente se reconhecida a sua aplicação aos regimes de recuperação judicial e extrajudicial.

⁸⁶⁴ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova Lei de Recuperação e Falências comentada*, p. 401-402.

⁸⁶⁵ Não há dúvidas quanto à aplicabilidade do dispositivo no que se refere às recuperações extrajudiciais, para as quais não valem as disposições do art. 49, § 5.º.

Art. 195. A decretação da falência das concessionárias de serviços públicos implica extinção da concessão, na forma da lei.

MARCELO VIEIRA VON ADAMEK

378. Extinção da concessão de serviço público pela falência

A extinção do contrato de concessão, na forma da lei, por efeito da decretação da falência da concessionária de serviço público (e de obras), já era a solução adotada na Lei 8.987/1995 (e com a qual, mesmo antes dela, se punham de acordo os nossos administrativistas). O Dec.-lei 7.661/1945 não previa, ao menos de forma clara, se a decretação da falência extinguiria, *ipso facto*, a concessão (embora outra não pudesse ser a consequência),⁸⁶⁶ preocupando-se, apenas, em disciplinar a continuidade dos serviços e das obras públicas.⁸⁶⁷ A Lei 11.101/2005 (LRF), agora, limita-se a prever a extinção da concessão pela falência, atendidos os trâmites da lei especial, à qual remete. A Lei 11.101/2005 também silencia sobre a concessão de serviços públicos na recuperação de empresas.

Interpretado *a contrario sensu*, exsurge a óbvia inferência do art. 195 da LRF: a concessionária de serviços público não é imune à quebra.

Tal como a concessão, também a permissão extingue-se pela falência (art. 40, parágrafo único, Lei 8.987/1995).

⁸⁶⁶ Analisando a questão em 1982 com a sua habitual maestria, Celso Antonio Bandeira de Mello bem frisou, *de um lado*, que o contrato de concessão ficaria automaticamente extinto pela falência (descabendo-se invocar regras e princípios de direito falimentar, colidentes com os princípios do regime jurídico público, para ver, na continuidade precária da prestação de serviços, a sobrevivência da falecida concessão) e, *de outro lado*, ainda salientou que as regras sobre a continuidade da prestação dos serviços públicos, após o decreto de falência da concessionária, mais não constituíam do que autêntico apêndice da concessão extinta, com vistas a tutelar os direitos dos usuários. Nada além disso: “A decretação da falência do concessionário constitui formal declaração de sua insuficiência para persistir desfrutando desta situação jurídica. Corresponde a um asserto oficial, em claras e publicadas, de que o concessionário perdeu aptidão jurídica para responder, por si mesmo, aos compromissos que assumira. Significa, outrossim, que carece de aptidão econômico-financeira hábil para prosseguir nos negócios que travara com o Poder Público. Consiste em desqualificação dos atributos administrativos e inabilitação para enfrentar tecnicamente negócio cuja gestão perdeu. Resulta, afinal, em perecimento objetivo da idoneidade, pela inadimplência dos encargos que lhe eram irrogáveis” (*Concessão de serviço público e falência do concessionário*, RT 556/16). E, mais adiante no mesmo estudo, arrematava: “regime de concessão de serviço público e regime de massa falida pelejam à arca partida. Donde, por força mesmo das características jurídicas do serviço público, há de se entender que normas comerciais das leis de quebras, eventualmente protetoras da continuidade da concessão, têm o sentido de oferecer soluções contingentes, emergenciais, asseguradoras da continuidade do serviço. Em princípio, hão de ser interpretadas como normas em benefício do concedente, que, todavia, não o restringem nem podem ter o condão de manter íntegra a relação jurídica, original, a qual se rompe com a quebra do concessionário” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem*, p. 17-18).

⁸⁶⁷ O art. 201 do Dec.-lei. 7.661/1945 não previa expressamente a continuidade do contrato de concessão; previa apenas regras transitórias para a continuidade da prestação dos serviços públicos e das respectivas obras (cf.: *RJTJESP* 120/337, anotando, com razão, que “o que se estabeleceu no referido dispositivo da lei de quebras foi mera providência cautelar para evitar que os serviços públicos, de uma hora para outra, deixassem de ser prestados, entrando em colapso os interesses da coletividade”).

Apreciemos, pois, algumas questões ligadas aos contratos de concessão na falência e na recuperação.

379. Extinção da concessão pela falência: bens reversíveis

O art. 195 da LRF limita-se a prever a extinção da concessão pela falência da concessionária, remetendo a sua regulamentação à legislação específica, à qual compete, dentre outras coisas, prever as medidas para assegurar a continuidade dos serviços públicos.⁸⁶⁸ O art. 35, VI, da Lei 8.987/1995, dispõe: “Art. 35. Extingue-se a concessão por: (...) VI – falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual”. Com a extinção da concessão pela falência (e salvo disposição diversa no ato de concessão),⁸⁶⁹ os bens da concessionária afetados à prestação do serviço são vertidos para o patrimônio do poder concedente; dá-se a reversão (= a passagem ao poder concedente dos bens da concessionária necessários ao desempenho da atividade pública), como efeito automático da extinção da concessão.⁸⁷⁰

Ainda que extinta a concessão sem culpa do concedente, a concessionária deve ser indenizada pela perda da propriedade dos bens reversíveis ainda não amortizados. No caso da extinção pela falência, o crédito pertence à massa,⁸⁷¹ a quem toca, por isso, o exercício das pretensões adequadas (art. 22, inc. III, *l, n e o*, da LRF). Outra solução, isentando o poder concedente de indenizar à massa o valor dos bens reversíveis não-amortizados, representaria verdadeiro confisco e importaria em inequívoco enriquecimento sem causa do poder concedente, em nada condizente com o princípio da moralidade. Suponha-se, para tanto, o caso da concessionária que, depois de adquirir bens para afetá-los à prestação de serviço público em cumprimento de encargo da concessão, vem a falir, justamente por ter-se descapitalizado. Seria jurídica a solução da reversão dos bens novos e não-amortizados para o poder público, sem nenhuma contraprestação? É claro que não. A iniquidade seria flagrante e aponta para a solução justa: o direito à indenização, de acordo com os parâmetros fixados pela lei especial, não pode ser adrede afastado. Nem se argumente que, na hipótese de falência, o concedente não estaria dando causa à extinção da concessão e, por isso, não deveria suportar qualquer efeito. Impende não baralhar situações: o fato de o poder concedente não ser o responsável pela extinção da concessão tem, de certo,

⁸⁶⁸ Vide: arts. 6.º, § 1.º, 7.º, inc. I, 31, inc. I, da Lei 8.987/1995. A citada lei prevê que, “extinta a concessão, haverá a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, procedendo-se aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários” (art. 35, § 2.º). Além disso, “a assunção do serviço autoriza a ocupação das instalações e a utilização, pelo poder concedente, de todos os bens reversíveis (art. 35, § 3.º).

⁸⁶⁹ O contrato de concessão deverá prever sobre os bens reversíveis e os casos de extinção da concessão (art. 23, inc. IX e inc. X, da Lei 8.987/1995).

⁸⁷⁰ É o que prescreve o art. 35, § 1.º, da Lei 8.987/1995: “Extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato”.

⁸⁷¹ Cf.: WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de e WALD, Alexandre de M. *O direito de parceria e a nova lei de concessões*, n. 11.275, p. 165-166 (para quem “a indenização pelos bens e direitos reversíveis integrará a massa falida, no caso de falência”); e JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviços públicos*, p. 605-606 (afirmando que “o reconhecimento de inexecução ou perda de condições de habilitação não acarreta supressão do concessionário ser indenizado pela perda da propriedade dos bens reversíveis; entre as sanções pela atuação não satisfatória do concessionário, não se encontra o confisco de bens”).

relevância para isentá-lo do dever de reparar danos à concessionária, e eventualmente permite que ele próprio deduza pretensão contra a massa; mas isso não o isenta do dever de repor à massa o valor dos bens reversíveis ainda não amortizados, mesmo que da parte dele, concedente, não tenha havido participação culposa.⁸⁷²

Contudo, não é de se exigir a prévia indenização como condição para a entrada do concedente na posse dos bens reversíveis, sob pena de comprometer-se a continuidade da prestação dos serviços públicos e os direitos dos usuários. Por isso mesmo, a lei de concessões prescreve regras próprias para a rápida assunção do serviço pelo poder concedente, com a ocupação *motu proprio* de bens e instalações da concessionária (art. 35, §§ 1.º a 3.º, da Lei 8.987/1995).⁸⁷³

Os bens reversíveis (devidamente inventariados pela concessionária)⁸⁷⁴ não integram definitivamente a massa objetiva (cabendo, pois, pedido de restituição, em caso de arrecadação), e deles tomará posse o poder concedente, para garantir a continuidade da prestação dos serviços ou das obras. Apenas os bens não-reversíveis entram para a massa e devem ser oportunamente alienados para pagamento dos credores. Os preceitos da lei especial prevalecem sobre as regras gerais da LRF e devem ser atendidos.⁸⁷⁵

380. Extinção da concessão pela recuperação judicial

Apesar de não haver sido apontada como causa extintiva da concessão na LRF ou na Lei 8.987/1995, a recuperação judicial igualmente implica na faculdade legal (verdadeiro direito formador, ou potestativo, frente ao qual a concessionária fica em estado de sujeição) de o poder concedente extinguir a concessão, atendidos os parâmetros delineados na lei especial. A essa conclusão, chega-se por vários motivos. *Primo*, porque, ao pleitear recuperação, o empresário estará, *ipso facto*, confessando a sua situação de crise econômico-financeira (art. 51, inc. I, da LRF), tanto assim que a sua falência se apresenta como solução inexorável, em caso de recusa do plano de recuperação (arts. 56, § 4.º, e 73, incs. I a III, da LRF), e, nesta quadra, de certo o empresário não mais ostentará condições econômicas para manter a adequada prestação do serviço concedido, possibilitando o decreto de caducidade da concessão pelo concedente (art. 38, § 1.º, inc. VI, da Lei 8.987/1995). Reconhece-se, no entanto, que, sob tal prisma, a extinção não se apresentaria propriamente como *conseqüência* da recuperação, mas como simples *efeito da crise da empresa*, e a depender de autônoma declaração do concedente, antecedida de processo administrativo. *Secundo*, a recuperação importa na faculdade de o poder concedente extinguir a concessão porque, se o empresário sujeito a procedimento concursal não pode sequer tomar parte em licitação que tenha por objeto a outorga da concessão

⁸⁷² Nesta solução, não se detecta quebra alguma de princípios gerais do sistema civil. A prova mais marcante disso encontra-se na avulsão (art. 1.251 do CC), em que o indivíduo fica obrigado a indenizar o dono do imóvel do qual se destacou a porção de terra, sem que para tanto tenha prestado qualquer concurso. De fato, em matéria de enriquecimento sem causa (art. 884 do CC), o elemento culpa é estranho à *condictio sine causa*.

⁸⁷³ Cf.: JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, n. 12.3, p. 589.

⁸⁷⁴ É obrigação da concessionária “manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão” (art. 31, inc. II, da Lei 8.987/1995). Também constitui cláusula essencial do contrato de concessão a relativa aos bens reversíveis (art. 23, inc. X, da Lei 8.987/1995).

⁸⁷⁵ Os arts. 117 e 126 da LRF não se sobrepõem ao art. 195 da LRF e à legislação especial (cf.: JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, n. 12.2, p. 588-589).

(art. 14 da Lei 8.987/1995 c.c. art. 31, inc. II, da Lei 8.666/1993), por maior razão, não haverá de prosseguir na sua execução (pelo desaparecimento de requisito essencial de habilitação): “Aquele que não pode participar da licitação”, frisa Marçal Justen Filho, “também não pode dar seguimento ao contrato administrativo pendente”.⁸⁷⁶⁻⁸⁷⁷ *Tertio*, e este parece ser o argumento decisivo, a recuperação importa em poder-se dar por extinta a concessão simplesmente porque a Lei 8.666/1993 – que institui normas gerais sobre licitação e contratos administrativos e cujas disposições são supletivamente aplicáveis à lei geral de concessões (*ex vi* do disposto no art. 124 da citada Lei 8.666/1993) – expressamente prevê ser “permitido à Administração, no caso de concordata do contratado, manter o contrato, podendo assumir o controle de determinadas atividades de serviços essenciais” (art. 80, § 2.º). Ora, se a lei prevê a simples faculdade de a Administração dar seguimento ao contrato, total ou parcialmente (assumindo o controle de determinadas atividades de serviços essenciais), é porque, *a contrario sensu*, deu-lhe a faculdade de considerar extinta a concessão diante da recuperação judicial da concessionária. Em tal situação, ainda que se reconheça ao concedente o exercício de direito formador (ou direito potestativo), a extinção resultará de fato não imputável ao concedente, com todos os efeitos daí resultantes. Destaque-se, ademais, que, embora faça referência à extinta figura da concordata (pela lógica razão de que era o instituto concursal existente no direito pátrio em 1993), o art. 80, § 2.º, da Lei 8.666/1993 aplica-se, agora, ao processo de recuperação judicial. Pois, onde existe a mesma razão, prevalece a mesma disposição.⁸⁷⁸

⁸⁷⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviços públicos*, p. 614-615. O estudioso, ainda referindo-se ao antigo processo concursal, acrescenta: “O silêncio legislativo não significa que a concordata não importe extinção da concessão. Tanto quanto a falência, a concordata é instituto relacionado com a insolvência de devedor comerciante. Aquele que se encontra em regime de concordata apresenta-se como insolvente. Isso significa, segundo o sistema da legislação comercial brasileira, apresentar passivo superior ao ativo. Ora, essa situação produz presunção absoluta da ausência de condição para executar um contrato administrativo”. Apenas um reparo: nem a concordata e nem a recuperação apontam necessariamente para situação de insolvência ou insolvabilidade; podem ter origem em simples situação de iliquidez: o empresário até pode ter ativo superior ao passivo (com o perdão dos contabilistas, que vêm nessa afirmação verdadeira heresia, dado que ativo e passivo contabilmente nunca podem ter valor diverso; mais apropriado seria aludir a patrimônio líquido positivo), mas não ter disponibilidades para fazer face às dívidas de curto prazo, porque muito do seu patrimônio constitui-se de bens imobilizados. Ainda assim, a insolvabilidade ou a iliquidez, denunciam inaptidão econômica da concessionária.

⁸⁷⁷ Antônio Carlos Cintra do Amaral entende que, ao contrato de concessão comercial, se aplicaria a norma do art. 55, inc. XIII, da Lei 8.666/1993, “que obriga a contratada a manter, durante toda a execução do contrato, as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação” (CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. *Concessão de serviço público*, n. 12.7, p. 105).

⁸⁷⁸ Nesta linha, Marçal Justen Filho sustenta que “as disposições da Lei 8.666 devem ser adaptadas ao regime da atual Lei de Falências” e “assim, por exemplo, as referências a ‘concordata’ devem ser interpretadas como referidas à ‘recuperação judicial’” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, n. 4.1, p. 346). Prossegue o ilustre administrativista, ponderando que “a recuperação judicial não é um novo nome para o mesmo instituto. Suas finalidades e seu regime jurídico são distintos dos da antiga concordata. No entanto, afigura-se que o entendimento dos efeitos da concordata sobre a contratação administrativa deverá ser aplicado à recuperação judicial”, pois “mantém-se a presunção de insolvência relativamente ao sujeito que pleiteia a recuperação judicial” (*op. cit.*, n. 4.3, p. 347-348). Bem por isso, conclui ainda o mesmo autor que a regra do art. 80, § 2.º, da Lei 8.666/1993, aplica-se, na atualidade, à recuperação judicial (*op. cit.*, n. 7, p. 608), em consonância com a posição anteriormente exposta já na 1.ª edição destes nossos comentários.

Neste contexto, a inserção de cláusula resolutiva expressa no contrato de concessão, prevendo a extinção para a hipótese de a concessionária pleitear recuperação, não deveria suscitar discussões quanto à sua validade. Seja porque a lei geral de concessões faculta a previsão de outras causas extintivas da concessão no instrumento contratual (art. 23, inc. IX, da Lei 8.987/1995), seja porque a regra da lei geral sobre licitações e contratos administrativos é supletivamente invocável (arts. 80, § 2.º e 124, da Lei 8.666/1993). Rigorosamente, cláusula contratual com tal conteúdo, mais não estaria do que explicitando a solução dada pelo próprio sistema jurídico.

Art. 196. Os Registros Públicos de Empresas manterão banco de dados público e gratuito, disponível na rede mundial de computadores, contendo a relação de todos os devedores falidos ou em recuperação judicial.

Parágrafo único. Os Registros Públicos de Empresas deverão promover a integração de seus bancos de dados em âmbito nacional.

MARCELO VIEIRA VON ADAMEK

381. Cadastro público de empresários submetidos a procedimentos concursais

De acordo com o disposto no art. 196 da Lei 11.101/2005 (LRF), os órgãos do Registro Público de Empresas deverão instituir e manter cadastro, público, gratuito e disponível na rede mundial de computadores, contendo a relação de todos os devedores falidos ou em recuperação judicial. A criação de um banco de dados é medida que se insere no contexto das várias providências tendentes a dar ampla publicidade aos processos concursais (expressas, ainda, na publicação de editais, na adição de expressão indicativa no nome empresarial e em comunicações dirigidas a vários órgãos), sendo também adotada noutros países.⁸⁷⁹

A Lei 11.101/2005 não se refere neste art. 196 à inserção de dados relativos a pedidos de recuperação *extrajudicial* no cadastro e nem previu, noutros artigos, a obrigatoriedade de o juiz comunicar aos órgãos do Registro Público de Empresas o requerimento e o deferimento de pedidos de homologação de plano de recuperação *extrajudicial*. Conviria, no entanto, que o tivesse feito.⁸⁸⁰

⁸⁷⁹ Na Itália, criou-se o *Registro dei falliti*, “tenuto dalla cancelleria del tribunale, e nel quale sono iscritti i nomi di coloro che sono dichiarati falliti dal tribunale presso cui viene tenuto il registro o che, pur essendo stati dichiarati falliti altrove, sono nati nella circoscrizione dello stesso tribunale” (AULETTA, Giuseppe; SALANITRO, Niccolò, *Dirito commerciale*, n. 300, p. 588). Sobre as medidas de publicidade na França, vide: RIPERT, Georges; ROBLLOT, René. *Traité de droit commercial*, t. 2, n. 2.905-2.907, p. 841-842.

⁸⁸⁰ A previsão da obrigatória inserção de dados pertinentes a pedidos de homologação de plano de recuperação *extrajudicial* no cadastro teria sido salutar. Em primeiro lugar, porque, se a recuperação *extrajudicial*, de regra, não afeta diretamente os direitos de terceiros não partícipes do acordo (art. 161, § 4.º, da LRF), poderá a sua homologação judicial, pelo contrário, torná-lo vinculante a todos os credores abrangidos pelo plano, inclusive para credores que a ele não tenham aderido por qualquer razão (p. ex., porque discordaram de suas condições ou nem sequer foram procurados para se manifestar), desde que o plano esteja assinado por credores representando mais de 3/5 (três quintos) de cada uma das classes abrangidas por suas disposições (art. 163, *caput*, da Lei 11.101/2005), donde conviria fosse dada publicidade ao ato. Em segundo lugar, a inserção de

Por força da regra do art. 197 da LRF, também os empresários sujeitos a regimes paraconcursais (intervenção e liquidação administrativas) deverão ser arrolados no cadastro. O órgão responsável pela decretação do regime (p. ex. BACEN, SUSEP ou ANS) terá a incumbência de comunicá-lo às Juntas Comerciais.

382. Responsabilidade pela criação e manutenção das relações

A responsabilidade pela criação e manutenção das relações de devedores falidos ou em recuperação judicial foi conferida aos “Registros Públicos de Empresas” (art. 196 da LRF). A regra legal revela-se imprecisa. Não apenas o uso do plural é equivocado, já que não há mais de um Registro Público de Empresas. É igualmente pouco rigorosa a atribuição de deveres genericamente ao Registro Público de Empresas, sem especificação do órgão ou dos órgãos aos quais incumbirá a sua execução.

Seguramente, melhor teria se expressado o legislador – e esta parece mesmo ter sido a sua intenção, ao mencionar a consolidação nacional de dados do cadastro (art. 196, parágrafo único, da LRF) – se tivesse prescrito que: (i) o Departamento Nacional de Registro de Comércio deverá organizar, manter e atualizar o “Cadastro Nacional de Empresas em Crise”, bem como coordenar e consolidar os dados fornecidos pelas Juntas Comerciais, fiscalizando o seu funcionamento; e (ii) as Juntas Comerciais deverão, no âmbito de suas respectivas unidades federativas, organizar, manter, atualizar e auditar, observadas as instruções normativas do Departamento Nacional de Registro do Comércio, o “Cadastro Estadual de Empresas em Crise”, integrante do “Cadastro Nacional de Empresas em Crise”. É como supomos que se deverá proceder.

Esta forma de estruturação dos bancos de dados atende à regra da Lei 11.101/2005; amolda-se à divisão de funções instituída pela Lei do Registro Público de Empresas (arts. 4.º a 8.º da Lei 8.934/1994); e, sobretudo, guarda perfeita simetria com a regulamentação existente para os cadastros de empresas, nacional e estaduais (os quais, ainda hoje, decorridos mais de dois lustros de vigência da lei que os instituiu,⁸⁸¹ lamentavelmente ainda não foram implantados).

O êxito e a confiabilidade dos cadastros dependerão da atuação harmônica e eficiente dos órgãos do Registro Público de Empresas e do Poder Judiciário, responsável primeiro pelo envio dos dados às Juntas Comerciais, ao início e, também, ao término dos

dados relacionados a pedidos de homologação de planos de recuperação extrajudicial (qualquer que seja a sua modalidade) seria de bom alvitre para possibilitar o controle, pelos interessados, de impedimento a novo pedido de homologação de plano de recuperação extrajudicial pelo devedor que já o tenha pleiteado há menos de 2 (dois) anos (art. 161, § 3.º, da Lei 11.101/2005). Em terceiro lugar, por fim, porque, mesmo para os credores não abrangidos pelo plano e para os terceiros em geral, a informação não é despendiosa, sendo útil subsídio para a aferição da vitalidade da empresa. Apesar disso, repita-se, a Lei 11.101/2005 não previu a obrigatória inserção de dados pertinentes a pedidos de homologação de plano de recuperação extrajudicial, provavelmente diante das dificuldades operacionais para administrar o cadastro nacional (centralizador) e os cadastros estaduais de empresas em crise. No entanto, também não proibiu que os órgãos do Registro de Empresas possam vir a fazê-lo, pois que lhes cabe manter atualizadas as informações pertinentes a empresários e sociedades empresárias (art. 1.º, inc. II, 2.ª parte, da Lei 8.934/1994).

⁸⁸¹ O Cadastro Nacional de Empresas Mercantis em funcionamento no país foi previsto no art. 4.º, inc. IX, da Lei do Registro Público de Empresas (Lei 8.934/1994). O Dec. 1.800, de 30 de janeiro de 1996, traçou regras mais específicas, criando Cadastros Estaduais de Empresas Mercantis, integrantes do Cadastro Nacional (arts. 4.º, IX, e 7.º, VII e VIII).

procedimentos de recuperação judicial (art. 69, parágrafo único, da LRF)⁸⁸² e de falência (arts. 99, inc. VIII, e 159, § 4.º, da LRF), e, inclusive, por ocasião do trânsito em julgado de decisões penais condenatórias de crimes falimentares (art. 181, § 2.º, da LRF).

383. Informações existentes nas relações

O art. 196 da LRF em análise refere-se apenas a banco de dados “contendo a relação de todos os devedores falidos ou em recuperação judicial”, sem especificar a extensão e a profundidade dessas informações, deixando margem, assim, para a ampla regulamentação infralegal da matéria. Decididamente, a mera relação nominal de devedores não será elemento de útil serventia, se não vier acompanhada de outros dados informativos, como, por exemplo: (i) dados completos do processo judicial (comarca, vara e número do feito); (ii) o Número de Identificação do Registro de Empresas (NIRE);⁸⁸³ (iii) o número de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ) ou no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) do Ministério da Fazenda; e (iv) os nomes empresariais, atual e passados, adotados pelo devedor. Lembre-se que, em princípio, a proteção ao nome empresarial circunscreve-se ao território do Estado da Junta Comercial em que o ato estiver registrado,⁸⁸⁴ de modo que casos de identidade de nomes empresariais em diversas partes do território nacional são corriqueiros, sem se falar nas suas constantes alterações postas em prática por empresários inescrupulosos, para iludir e dificultar a atuação de seus credores. Para tornar efetiva a norma em comento e outras esparsas (que tratam de impedimentos ao exercício de atividade empresarial, por exemplo), não bastará simples relação nominal. Outros dados, como os acima referidos, deverão ser incluídos. De todo recomendável seria, inclusive, a inserção no cadastro dos nomes e demais dados dos próprios administradores de sociedades falidas, coibindo a burla às regras de impedimentos ao exercício regular da atividade empresarial.

384. Prazo de manutenção dos nomes nas relações

O art. 196 da LRF não traz expressa limitação temporal à manutenção dos nomes dos devedores no banco de dados.

A simples análise gramatical da disposição – em cuja redação foi empregada a expressão “devedores falidos ou em recuperação judicial” – poderia erroneamente sugerir que, em relação à recuperação judicial, o registro só deveria perdurar *se e enquanto* o devedor

⁸⁸² A Lei 11.101/2005 (LRF) não é expressa a propósito do momento em que a comunicação judicial ao Registro Público de Empresas deva ser feita, sem indicar se tal deveria ocorrer (i) depois de deferido o processamento da recuperação (art. 52 da LRF); ou (ii) após a concessão da recuperação judicial (art. 58 da LRF). Considerando que o só deferimento do processamento da recuperação judicial já produz efeitos consideráveis na esfera dos credores (arts. 52, II e III, da LRF) e cria para o devedor impedimento à utilização de outro procedimento concursal (art. 161, § 3.º, da LRF), resta evidente que a comunicação deverá ser feita logo quando do deferimento do processamento da recuperação judicial, sem prejuízo de novas comunicações quando de sua concessão e da sua extinção. Lembre-se que, estando em recuperação, o devedor deverá adicionar, ao seu nome empresarial, a expressão “em Recuperação Judicial” (art. 69 da LRF), mas isso dependerá de instrumento próprio, não resultando automaticamente da comunicação judicial (cf. art. 47 do Dec. 1.800/1996).

⁸⁸³ Cf.: art. 2.º, parágrafo único, da Lei 8.934/1994; e art. 59 da Dec. 1.800/1996.

⁸⁸⁴ Cf.: art. 1.166 do CC; art. 33 da Lei 8.934/1994; art. 61, §§ 1.º e 2.º, do Dec. 1.800/1996; e art. 13 da Instrução Normativa n. 53/1996 do DNRC.

estivesse em recuperação judicial. Contudo, levando-se em conta a *ratio legis*, outra se nos afigura deva ser a sua exegese. De fato, aos credores e à coletividade em geral, não interessa apenas saber quem, momentaneamente, encontra-se falido ou em processo de recuperação judicial. Interessa saber, sim, quem, onde e quando, já esteve submetido a tais processos, o que importa tanto para contagem de prazos prescricionais (arts. 157 e 158, III e IV, da LRF) como para a verificação da existência de impedimentos ao exercício de atividade empresarial e à propositura de nova recuperação judicial (arts. 48, I, II e III, da LRF), ou, ainda, para aferição de óbice a requerimento de homologação de plano de recuperação extrajudicial (art. 161, § 3.º, da LRF). Além, é claro, de servir para que cada qual tire o seu próprio juízo a respeito da viabilidade econômica da empresa, e possa saber se convém dar crédito derradeiro ao empresário. Também na esfera penal o acesso à informação tem relevância.⁸⁸⁵

Por outro lado, não se poderia pretender manter indefinidamente o nome de uma pessoa no rol infame dos falidos, sem considerar o decurso do prazo e a correlata extinção das obrigações.

Sob tal perspectiva, os registros no cadastro instituído no art. 196 da LRF deverão perdurar pelos seguintes prazos: (i) *falência*: os registros deverão permanecer enquanto não sobrevier comunicação judicial sobre a extinção das obrigações do falido (art. 159, § 4.º da LRF) – o que se sustenta porque, embora certos efeitos da falência decretada possam desaparecer antes, o impedimento à concessão de recuperação judicial desaparecerá somente com o decreto judicial de extinção das obrigações do falido (arts. 48, I, e 103 da LRF) – ou, então, com a comunicação de morte da pessoa natural,⁸⁸⁶ (ii) *recuperação judicial*: os registros deverão permanecer pelo prazo de 5 (cinco) anos contados da sua concessão (arts. 48, II, 58 e 69, parágrafo único, da LRF) ou, se se tratar de recuperação judicial para microempresas e empresas de pequeno porte, pelo prazo de 8 (oito) anos, também contados de sua concessão (art. 48, III, c.c. arts. 58 e 69, parágrafo único, da LRF, supletivamente aplicáveis) – uma vez que, dentro desses prazos, perdurarão impedimentos à concessão de novo pedido; e (iii) *recuperação extrajudicial*: os registros, caso venham a ser exigidos por força de regras de Instrução Normativa do DNRC, deverão perdurar pelo prazo de 2 (dois) anos contados de sua homologação – uma vez que, nesse período, estará o empresário impedido de pleitear idêntico favor (art. 161, § 3.º, da LRF).

385. Publicidade ampla e gratuidade

A ampla publicidade inerente ao Registro Público de Empresas foi preservada pelo art. 196 da Lei 11.101/2005, que agora exige a disponibilização pública dos dados na rede mundial de computadores. Além disso, e invertendo a regra geral de que a obtenção de dados fica a depender do pagamento de taxa (art. 29 da Lei 8.934/1994, e art. 80 do Dec. 1.800/1996), prevê-se a gratuidade do serviço, regra essa que não poderá ser indiretamente

⁸⁸⁵ Na esfera penal, os dados poderão ter relevância, por exemplo, para a avaliação da prática de crimes, como o de violação de impedimento (art. 177 da LRF), pelo qual é punida a prática de certos negócios jurídicos *na pendência* de processos concursais, e o de exercício ilegal de atividade (art. 178 da LRF), no qual incorre o agente que exerce atividade para o qual foi inabilitado ou incapacitado (sobre o ponto, vide ainda: art. 181, § 2.º, da LRF).

⁸⁸⁶ Para evitar fraudes, a simples comunicação da cessação das atividades empresariais (art. 96, VIII, da Lei 11.101/2005; e art. 32, II, *h*, Dec. 1.800/1996) não deveria ser tratada da mesma forma que a morte, por se cuidar, evidentemente, de situação facilmente reversível.

burlada por qualquer meio (como pela exigência do cadastramento dos interessados no *site* e, em paralelo, pela cobrança de anuidade por esse mesmo cadastramento).

386. Exclusão judicial do cadastro

O Registro Público de Empresas tem por finalidade dar garantia, publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos dos empresários (art. 1.º, I, da Lei 8.934/1994). Para tanto, é imprescindível que os seus registros espelhem, fielmente, a realidade. O Cadastro de Empresas em Crise insere-se neste contexto: quem o consultar, deverá poder ter a certeza de que os seus dados estão corretos. Não vemos, por isso, como admitir-se a indiscriminada concessão de medidas liminares contra os órgãos do Registro Público de Empresas para excluir devedores de seus assentos. Se o devedor discordar de sua inclusão, deverá, como regra, pleitear a sua exclusão ao órgão que o mandou incluir. Ou seja, deverá recorrer ao juízo falimentar, que decidirá acerca da justeza de seu pleito. O que não se poderá admitir é a formulação de requerimentos diretamente às Juntas Comerciais, seguido da impetração de mandado de segurança. Os órgãos do Registro de Empresas, neste ponto, não atuam por ato próprio: apenas espelham no seu cadastro determinações e decisões de órgãos judiciais, a quem deverá o interessado diretamente reclamar, caso julgue ter motivos ponderosos.

Art. 197. Enquanto não forem aprovadas as respectivas leis específicas, esta Lei aplica-se subsidiariamente, no que couber, aos regimes previstos no Decreto-lei 73, de 21 de novembro de 1966, na Lei 6.024, de 13 de março de 1974, no Decreto-lei 2.321, de 25 de fevereiro de 1987, e na Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997.

MARCELO VIEIRA VON ADAMEK

387. Procedimentos paraconcursais

O art. 197 da Lei 11.101/2005 (LRF) trata da regência legal subsidiária de vários procedimentos paraconcursais,⁸⁸⁷ prevendo que, enquanto não forem aprovadas leis específicas, a Lei 11.101/2005 aplica-se subsidiariamente aos procedimentos de: (i) regime especial de fiscalização e liquidação de sociedades seguradoras (Dec.-lei 73/1966); (ii) intervenção e liquidação extrajudicial de instituições financeiras (Lei 6.024/1974); (iii) administração especial temporária de instituições financeiras privadas e públicas não-federais (Dec.-lei 2.321/1987); e (iv) regime fiduciário sobre créditos imobiliários (Lei 9.514/1997).

Como alguns dos citados diplomas (reguladores de regimes paraconcursais de empresas atuantes em setores importantes da economia, onde sobressai o interesse

⁸⁸⁷ Os procedimentos paraconcursais, ou parafalimentares, segundo explica Jorge Lobo (LOBO, Jorge. *Direito da crise econômica da empresa*, RT 754/23), “são administrativos e extrajudiciais, têm uma ativa e decisiva participação da autoridade pública no seu desenvolvimento e visam a criar condições de a empresa potencialmente importante para o Estado reerguer-se, partindo da idéia de que, para obviar as crises das empresas, em particular das grandes empresas, é indispensável prover a sua refinanciação, o que, as mais das vezes, só é possível fazer-se através do Poder Público”. Normalmente são procedimentos de acesso específico, na medida em que se destinam exclusivamente a empresas de setores regulados da economia nacional. Entre nós, tem sido usual que os procedimentos parafalimentares excluam, ao menos de início, os procedimentos falimentares.

público)⁸⁸⁸ referiam-se expressamente ao Dec.-lei 7.661/1945, o legislador entendeu conveniente, para afastar dúvidas e incertezas, dispor que a Lei 11.101/2005 passa a ser a lei supletivamente aplicável às suas lacunas, até que venham a ser editadas novas leis.

Vejam, com maior vagar, cada qual dos regimes indicados.

388. Liquidação de sociedades seguradoras

O Dec.-lei 73, de 21 de novembro de 1966, dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros, e trata do procedimento de liquidação das sociedades seguradoras (arts. 94 a 107), ao qual, “nos casos omissos, são aplicáveis as disposições da legislação de falências” (art. 107). Como não havia remissão direta ao Dec.-lei 7.661/1945, era rigorosamente desnecessária a referência feita pelo art. 197 da LRF.

Ressalte-se que, conquanto o Dec.-lei 73/1966, em sua redação original, não fosse expresso, sempre se entendeu, entre nós, que as sociedades seguradoras não estavam sujeitas à falência e nem podiam impetrar concordata.⁸⁸⁹ O Dec. 60.459, de 13 de março de 1967, que regulamentou o Dec.-lei 73/1966, explicitou esse entendimento, no art. 68 (“as sociedades seguradoras não estão sujeitas à falência e não poderão impetrar concordata, sendo seu regime de liquidação regulado pelas disposições deste Capítulo”), e não consta tenha sido questionada a sua constitucionalidade. Por fim, em tempos recentes, a Lei 10.190, de 14 de fevereiro de 2001, deu nova redação ao art. 26 do Dec.-lei 73/1966, tornando expressa a regra, segundo a qual “as sociedades seguradoras não poderão requerer concordata e não estão sujeitas à falência, salvo, neste último caso, se decretada a liquidação extrajudicial, o ativo não for suficiente para o pagamento de pelo menos a metade dos credores quirografários, ou quando houver fundados indícios da ocorrência de crime falimentar”. Contudo, na hipótese referida neste artigo, a falência só poderia ser decretada a pedido do liquidante (único legitimado ativo para a ação), descabendo a iniciativa dos credores.⁸⁹⁰

Presentemente, as sociedades seguradoras estão impedidas de pedir recuperação judicial ou extrajudicial (art. 198 da LRF), e continuam sujeitas ao regime especial de liquidação instituído pelo Dec.-lei 73/1966, ao qual se aplicam subsidiariamente as disposições da Lei de Recuperação de Empresas e Falências (art. 197 da LRF). Pois bem. Sujeitar-se-iam elas ainda à falência, na hipótese prevista no art. 26 do Dec.-lei 73/1966, ou, pelo contrário, doravante essa possibilidade estaria excluída, na medida em que a Lei 11.101/2005 expressamente afastou as seguradoras de sua abrangência (art. 2.º, II, da LRF)?

⁸⁸⁸ Cf.: BESSONE, Darcy. *Instituições de direito falimentar*, n. 149, p. 207; TZIRULNIK, Luiz. *Intervenção e liquidação extrajudicial das instituições financeiras*, n. 3.3, p. 46; e REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*, 13. ed., v. 2, n. 473, p. 199.

⁸⁸⁹ Embora não explícito na redação originária do Dec. 73/1966, o afastamento do regime concursal geral resultava da análise sistemática de seus arts. 96, 97 e 107 (cf.: BESSONE, Darcy, *Instituições de direito falimentar*, n. 159.1, p. 223-224; LACERDA, J. C. Sampaio de. *Manual de direito falimentar*, n. 231, p. 300; PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata*, 5. ed., n. 26, p. 105; e ABRÃO, Nelson. *Curso de direito falimentar*, n. 31, p. 51, e n. 276, p. 310).

⁸⁹⁰ A decretação de falência deve ser deliberada no procedimento paraconcursal, vedada a atuação direta do credor: “O pedido de falência da sociedade seguradora não é, de per si, juridicamente impossível. Mas inescapável é concluir que a autora não tem legitimidade ativa para pleitear a quebra, já que esta é prerrogativa exclusiva do interventor nomeado a propósito de eventual liquidação da sociedade” (JTJ 219/57).

O ponto é intrincado e, numa análise superficial, tem-se a equivocada impressão de que, conquanto a Lei 11.101/2005 seja subsidiariamente aplicável aos regimes instituídos pelo Dec.-lei 73/1966, a decretação da falência das seguradoras não mais seria possível. A interpretação da nova lei, porém, deve ser outra, que procure dar sentido às suas regras e não as transforme em mero apêndice vernacular. Por isso, da análise conjugada do art. 2.º, II (pelo qual não se afirma que as entidades ali mencionadas estão imunes à falência, mas somente que a elas não se aplica diretamente a nova lei) e dos arts. 197 e 198, todos da LRF, extraem-se, logicamente e sem presumir palavras inúteis, as conclusões de que as sociedades seguradoras: (i) não podem requerer recuperação judicial ou extrajudicial; (ii) continuam, por isso, sujeitas ao regime paraconcursal específico, previsto no Dec.-lei 73/1966; (iii) não podem ter a sua falência decretada a pedido de credor,⁸⁹¹ pois a elas não se aplicam diretamente as disposições da Lei 11.101/2005 (art. 2.º, II, da LRF); mas (iv) continuam sujeitas à falência, exclusivamente na hipótese prevista no art. 26 do Dec.-lei 73/1966, sempre a pedido do liquidante, único legitimado ativo a poder requerê-la. Nesta perspectiva, o que a LRF impediu foi o pedido de quebra direto pelo credor (o que é bastante compreensível, pois disso poderiam resultar prejuízos para a economia popular e, justamente para evitá-los, foi que se instituiu o processo paraconcursal). Contudo, a LRF não quis impedir, e nem impediu, a falência que se apresenta como alternativa à liquidação extrajudicial, decretada a pedido do órgão competente, por aplicação subsidiária da LRF à lei especial.

389. Intervenção e liquidação extrajudicial de instituição financeira

Aos procedimentos de Intervenção e Liquidação Extrajudicial de Instituições Financeiras aplicavam-se subsidiariamente as regras do Dec.-lei 7.661/1945, por força da expressa remissão existente na Lei 6.024/1974 (arts. 34 e 35). A correção dessa remissão legal, procedida pelo art. 197 da LRF, foi oportuna, embora insuficiente, na medida em que não foram alteradas as referências contidas naquela lei a artigos e institutos da antiga lei falimentar. Não obstante, deve-se agora entender que, no regime da Lei 6.024/1974: (i) o liquidante equipara-se ao administrador judicial, para todos os fins; e (ii) os atos revogáveis são os indicados nos arts. 129 e 130 da LRF.

As instituições financeiras e demais entidades a elas legalmente equiparadas não podiam impetrar concordata. Perante a nova lei, não podem pleitear recuperação judicial ou extrajudicial (art. 198). Continuam, ademais, sujeitas aos regimes próprios de intervenção e liquidação extrajudicial regulados pela Lei 6.024/1974, aos quais subsidiariamente se aplicam os preceitos da Lei 11.101/2005 (art. 197).

A Lei 6.024/1974 prevê, ainda, a possibilidade de o interventor ou liquidante requerer a falência da instituição financeira, desde que autorizado previamente pelo Banco Central (arts. 12, *d*, 19, *d*, e 21, *b*, da Lei 6.024/1974). Como o regime paraconcursal não constitui privilégio criado para beneficiar o empresário (é medida de política legislativa, pautada pelo interesse público, destinada a evitar os riscos que poderiam resultar da falência de um intermediário financeiro para a poupança popular e para a economia nacional) e como, ainda, a Lei 6.024/1974 refere-se à possibilidade de o liquidante ou o interventor pedir a falência em hipóteses específicas, diversas daque-

⁸⁹¹ No mesmo sentido: COELHO, Fábio Ulhoa, *Comentários à nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, n. 161, p. 199. Em sentido contrário: VERGOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Das pessoas sujeitas e não sujeitas aos regimes de recuperação de empresas e ao da falência*, p. 112.

las previstas na lei falimentar geral, é claro que, com isso, excluiu a iniciativa direta dos credores. Embora, sob a égide da lei falimentar anterior, houvesse divergências nos tribunais⁸⁹² e na doutrina,⁸⁹³ essa era, a nosso ver, a interpretação mais acertada e coerente. Pois, se os regimes de liquidação e intervenção foram historicamente concebidos para proteger a poupança e a economia, impedindo que a quebra de uma instituição pudesse gerar o colapso de todo o sistema financeiro,⁸⁹⁴ seria totalmente contraditória a preservação da iniciativa do credor, posto que, em semelhante hipótese, o risco sistêmico, que se pretendeu evitar, continuaria a existir. Além disso, a submissão de empresário a procedimento paraconcursal de liquidação implica, como lógica conseqüência, excluí-lo do alcance dos institutos falimentares comuns, por não ser viável a sua simultaneidade.⁸⁹⁵ De resto, as hipóteses de falência previstas na Lei 6.024/1974 são distintas daquelas estabelecidas na lei falimentar ordinária, tendo sido prevista, em relação a elas, somente a atuação do interventor ou liquidante, depois de autorizado pelo Banco Central.

A nova lei soluciona o embate. Ao prever, expressamente, que a Lei 11.101/2005 não se aplica, de forma direta, às instituições financeiras (art. 2.º, II, da LRF), afastou,

⁸⁹² Cf. (não admitindo pedido de falência formulado pelo credor, mas apenas pelo interventor ou liquidante) (lei anterior): RTJ 121/413; RJTJESP 90/148 (lembrando que a falência decretada a pedido de liquidante não se funda em impontualidade ou ato de falência: “daí se deduz que a Lei 6.024, de 1974, terá instituído nova espécie de modalidade de quebra”) (DTVM), 98/97 e 112/331 (banco); RT 468/79 (banco); JTJ 159/73 (consórcio) e 274/331 (banco); e RJTJRS 91/396 (corretora de valores). Na mesma linha (recusando legitimidade ao sócio da entidade e assentando a legitimidade exclusiva do liquidante ou interventor): STJ, 4.ª T., REsp 40.712-RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, v.u., j. 26.06.1996, DJU 26.08.1996, p. 29.686 (consórcio). Em sentido diverso (admitindo o pedido de falência pelo credor) (lei anterior): TJSJ, 1.ª Câmara. Dir. Priv., Ap. 64.635-4, rel. Des. Roque Mesquita, v.u., j. 02.12.1997 (consórcio); JTJ 188/62 (consórcio), 208/45 (consórcio) e 214/65 (consórcio) (sob o argumento de que o afastamento da quebra direta constituiria “privilégio que não pode ser criado por dedução e, sim, por lei expressa, inexistente”). Ainda neste último sentido: TJSJ, 4.ª Câmara. Dir. Priv., AI 349.034-4/5-00, rel. Des. Carlos Stroppa, v.u., j. 08.09.2005 (DTVM; falência decretada como conseqüência da rejeição do pedido de concordata).

⁸⁹³ Cf. (afirmando que os credores não podiam requerer em juízo a falência da instituição financeira): BESSONE, Darcy. *Instituições de direito falimentar*, n. 157-158, p. 214-223 (com ampla refutação dos argumentos invocados pelos partidários da corrente oposta); MIRANDA, Pontes de, *Tratado de direito privado*, v. 28, § 3.288, p. 13; CAMPOS, Wilson de Souza Campos e RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina L. Batalha. *Falências e concordatas*, n. 1.9, p. 87; e PERTENCE, José Paulo Sepúlveda, Petição inicial, RTJ 131/413. Em sentido contrário (admitindo a iniciativa direta do credor): REQUILÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*, n. 482, p. 210-214; LACERDA, J. C. Sampaio de, *Manual de direito falimentar*, n. 233, p. 302; COELHO, Fábio Ulhoa, *Manual de direito comercial*, p. 376; SALOMÃO NETO, Eduardo, *Direito bancário*, n. 10.5, p. 533 (argumentando com a redação do art. 1.º da Lei 6.024/1974); e RODRIGUES, Frederico Viana, *Insolvência bancária: liquidação extrajudicial e falência*, p. 147-181 (contendo uma exaustiva e belíssima análise do problema, das correntes existentes e das razões que levaram o autor a defender o cabimento do pedido de falência de iniciativa de credores).

⁸⁹⁴ Na origem de nossa legislação sobre intervenção e liquidação extrajudicial de instituições financeiras está a ruidosa quebra, em 1864, da casa bancária de “Antônio José Alves Souto & Cia.” (maior estabelecimento de crédito do País, cujo volume de negócios excedia ao do Banco do Brasil), a partir da qual, como conseqüência, outras casas bancárias foram à falência, por não terem conseguido resistir à corrida dos clientes e depositantes aos caixas. A crise daí resultante culminou na edição de várias medidas legislativas de emergência, e, a partir de então, criou-se regime jurídico próprio para as instituições financeiras (cf.: FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*, 15. vol., ns. 4.276-4.278, p. 645-648).

⁸⁹⁵ Sobre o ponto, vide: FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*, 8. ed., n. 377, p. 616-617.

dentre outros, a aplicação do arts. 94 e 97 da Lei 11.101/2005, nos quais são previstos os pressupostos gerais da falência e os indivíduos legitimados a requerê-la. Assim, se mesmo antes da lei atual a iniciativa direta do credor já era de excluir-se, agora, não vemos como sustentá-la, pois foi afastada, de forma categórica, a aplicação direta da Lei 11.101/2005 às instituições financeiras e outras equiparadas.⁸⁹⁶

Se a Lei 11.101/2005 afastou a aplicação direta da lei falimentar às instituições financeiras (art. 2.º, II, da LRF), poderia, ainda hoje, o liquidante ou o interventor requerer a sua falência? Conforme já destacamos acima, essa possibilidade está preservada,⁸⁹⁷ pois tem previsão na lei especial de regência do procedimento paraconcursal, que traça condições específicas para o decreto de quebra, e a aplicação subsidiária da Lei 11.101/2005 legitima semelhante pretensão. Uma vez decretada a intervenção ou a liquidação, o subsequente pedido de falência autorizado pelo Banco Central não apresenta inconveniente algum.

Em suma, perante as regras atuais da Lei 11.101/2005, as instituições financeiras e entidades equiparadas: (i) não podem requerer recuperação judicial ou extrajudicial (art. 198 da LRF); (ii) continuam sujeitas aos regimes previstos na Lei 6.024/1974 (art. 197 da LRF); (iii) não podem ter a sua falência decretada a pedido de credores ou por requerimento próprio (art. 2.º, II, da LRF);⁸⁹⁸ mas (iv) podem ter a sua falência decretada a pedido de interventor ou liquidante, autorizado pelo Banco Central, se presentes os pressupostos específicos previstos nos arts. 12, d, e 21, b, da Lei 6.024/1974.⁸⁹⁹

⁸⁹⁶ Neste sentido: COELHO, Fábio Ulhoa, *Comentários à nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, n. 161, p. 199; TZIRULNIK, Luiz. *Intervenção e liquidação extrajudicial das instituições financeiras*, n. 5.24, p. 77 (afirmando, de maneira taxativa, que “a legitimidade ativa é exclusiva do Banco Central”); e SALOMÃO NETO, Eduardo, *Direito bancário*, n. 10.5, p. 533. Em sentido contrário: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Das pessoas sujeitas e não sujeitas aos regimes de recuperação de empresas e ao da falência*, p. 108 (afirmando que, “diante da inércia do Banco Central em relação a uma de tais entidades insolventes ou inadimplentes, qualquer credor poderá requerer a sua falência”).

⁸⁹⁷ Neste sentido: CAMPINHO, Sérgio, *Falência e recuperação de empresa*, n. 16, p. 25; COELHO, Fábio Ulhoa, *Comentários à nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, n. 161, p. 199; TZIRULNIK, Luiz. *Intervenção e liquidação extrajudicial das instituições financeiras*, n. 5.24, p. 78; VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Das pessoas sujeitas e não sujeitas aos regimes de recuperação de empresas e ao da falência*, p. 108; e SALLES DE TOLEDO, Paulo Fernando Campos. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência* – coord. Paulo F. C. Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão, São Paulo: Saraiva, 2005, n. 8.1, p. 7. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery afirmam apenas que a LRF “deixa dúvida se permanece possível a quebra excepcional das empresas que se submetem a regime de liquidação previsto em leis específicas” (*Leis civis comentadas*, São Paulo: RT, 2006, nota 2-6, p. 417).

⁸⁹⁸ Em sentido diverso e à luz da legislação pretérita, há parecer de Nelson Abrão no sentido de que a intercalação da instância administrativa só se operaria em relação aos credores, de modo que os acionistas poderiam deliberar sobre a autofalência da instituição financeira em intervenção ou liquidação extrajudicial (Instituição financeira – Falência: instituição financeira em regime de intervenção e, posteriormente, de liquidação extrajudicial; requerimento de falência pela unanimidade dos acionistas; admissibilidade, RT 598/39-46 e RT 600/511). No mesmo sentido: RODRIGUES, Frederico Viana, *Insolvência bancária: liquidação extrajudicial e falência*, p. 213. O TJRJ, nesta linha, admitiu o pedido de autofalência de instituição financeira em liquidação extrajudicial: “Sociedade sob regime de liquidação extrajudicial. Acionistas representantes da totalidade do capital social têm legitimidade *ad causam* para confessar a falência, cuja lei regedora não é incompatível com a Lei 6.024/1974” (TJRJ, Ap. 1984.001.32583, 8.ª CC., rel. Des. Sérgio Mariano, v.u., j. 25.02.1986). Em sentido contrário, porém, vide: STJ, REsp 40.712-RS, 4.ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, v.u., j. 26.06.1996, DJU 26.08.1996, p. 29.686.

⁸⁹⁹ Sobre o tema (regime anterior), os tribunais assentaram, inclusive, que os sócios da instituição financeira não precisariam ser sequer citados em pedido de autofalência (cf.: TJSP, 3.ª CC, AI 267.658-1/4,

390. Administração especial temporária de instituições financeiras

De acordo com o disposto no art. 19 do Dec.-lei 2.321/1987, aplicam-se ao regime de administração temporária de instituições financeiras privadas e públicas não-federais as disposições da Lei 6.024/1974, lei essa que, por sua vez, se utilizava das disposições do Dec.-lei 7.661/1945 como fonte supletiva. Ou seja, o Dec.-lei 2.321/1987 não previa a aplicação subsidiária da lei falimentar, e nem a ela se reportava. Portanto, neste particular, a regra introduzida pelo art. 197 da LRF mostra-se inoportuna e perturbadora, pois dará margem a questionamentos sobre qual seria a lei imediatamente aplicável às lacunas do Dec.-lei 2.321/1987: a Lei 6.024/1974 (o que seria lógico e razoável) ou a LRF? Se antes não havia dúvida, agora o ponto presta-se a discussões. Quer-nos parecer, porém, que a atabalhoada regra da LRF não afastou a aplicação subsidiária da Lei 6.024/1974; e que, portanto, agora, o Dec.-lei 2.321/1987 conta com dois diplomas legais supletivamente aplicáveis às suas omissões: (i) a Lei 6.024/1974, por força do disposto no art. 19 do Dec.-lei 2.321/1987; e, nos casos em que as omissões do Dec.-lei 2.321/1987 não forem totalmente supridas, aplica-se, então, (ii) a Lei 11.101/2005 (art. 197 da LRF). Se foi esse o intuito do legislador (dispor sobre a “omissão da lei supletiva da omissão”), poderia tê-lo alcançado de forma mais simples: calando-se.

391. Regime fiduciário sobre créditos imobiliários

A Lei 9.514/1997 (alterada e complementada por vários artigos da Lei 10.931, de 02 de agosto de 2004), dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário. Além da alienação fiduciária de coisa imóvel, instituiu, em benefício de compradores de imóveis em construção, o regime fiduciário sobre créditos imobiliários (arts. 9.º a 16), segundo o qual os créditos resultantes da emissão de determinados títulos de crédito imobiliários passam a constituir patrimônio separado (e, portanto, com destinação específica), administrado sempre por companhia securitizadora (instituição financeira ou entidade equiparada, autorizada para esse fim pelo Banco Central), sendo que a comunhão dos beneficiários do patrimônio é representada por agente fiduciário (que deverá preencher os requisitos previstos no art. 66 da Lei das S/A). De modo mais específico com relação ao tema dos presentes comentários, a Lei 9.514/1997 regula a insolvência do patrimônio separado – o qual não poderá ter a sua falência decretada e, por isso, submete-se a procedimento extrajudicial específico de liquidação, de acordo com o que deliberarem os seus beneficiários (art. 14). A mesma lei ainda ressalva que, na hipótese de insolvência da companhia securitizadora, os patrimônios especiais constituídos não serão atingidos, e, até que os beneficiários venham a deliberar sobre a forma de prosseguimento de sua administração, caberá ao agente fiduciário desempenhar a custódia e a administração dos créditos imobiliários (art. 15). Não havia previsão quanto à aplicação subsidiária do Dec.-lei 7.661/1945; ainda assim, doravante, as disposições da Lei 11.101/2005 passam a aplicar-se subsidiariamente ao regime previsto na Lei 9.514/1997.

rel. Des. Toledo César, v.u., j. 10.10.1995; TJSJ, 2.ª Câmara, Dir. Priv., AI 51.679.4/0, rel. Des. Linneu Carvalho, v.u., j. 12.08.1997; e TJSJ, 3.ª Câmara, Dir. Priv., AI 110.910-4/5, rel. Des. Alfredo Migliore, v.u., j. 10.08.1999). Em sentido diverso, decidiu-se, noutra oportunidade, que o pedido de falência poderia ser formulado em nome do próprio interventor, e não pelo interventor em nome da instituição financeira (cf.: TJSJ, 3.ª CC., Ap. 39.489-1, rel. Des. Yussef Cahali, v.u., j. 08.05.1984, RT 591/65).

392. Intervenção e liquidação extrajudicial das operadoras de planos privados de assistência à saúde.

Apesar de o legislador não ter se referido, no art. 197 da LRF, aos regimes de intervenção e liquidação extrajudicial de operadoras de planos privados de assistência à saúde, não seria ocioso mencionar a sua regulamentação jurídica. Houve, neste ponto, claro lapso do legislador.

As operadoras de planos privados de assistência à saúde, por força do disposto no art. 23 da Lei 9.656, de 3 de junho de 1998, em sua redação original, não podiam requerer concordata e nem estavam sujeitas à falência, mas tão-somente ao regime de liquidação extrajudicial, previsto no Dec.-lei 73/1966 – o que significava que, ao contrário dos termos peremptórios do artigo, as operadoras de planos privados não estavam sujeitas à falência requerida por credor, mas, assim como as seguradoras, podiam ter a falência decretada a pedido do liquidante, nos casos especiais que a autorizavam.⁹⁰⁰ Posteriormente, porém, o art. 23 da Lei 9.656/1998 foi alterado por meio de medida provisória (inicialmente, através da MP 1.665, de 4 de junho de 1998, reeditada sucessivamente, até se transformar na MP 2.177-44, de 24 de agosto de 2001), pela qual se instituiu um regime específico de intervenção e liquidação extrajudicial, ao qual se aplicam, supletivamente, as regras da Lei 6.024/1974, do Dec.-lei 7.661/1945, do Dec.-lei 41/1966 e do Dec.-lei 73/1966, “conforme o que dispuser a ANS” (art. 24-D). Além disso, foram previstas hipóteses específicas em que, sempre a pedido exclusivo do liquidante, a falência das referidas entidades pode ser decretada.

Com o advento da Lei 11.101/2005 (LRF), as mesmas soluções acima apontadas para as sociedades seguradoras são válidas para as operadoras de planos de saúde, que, portanto, não podem requerer recuperação e submetem-se aos regimes paraconcursais específicos, aos quais se aplicam subsidiariamente as regras da Lei 11.101/2005 (aplicação essa que não resulta do art. 197 da LRF, silente a respeito das operadoras de planos, mas decorre da simples correção exegética da remissão feita originariamente ao Dec.-lei 7.661/1945). Podem, além disso, ter a sua falência decretada, nas hipóteses previstas na lei especial, a pedido do liquidante, vedada a atuação direta dos credores.

As entidades abertas de previdência complementar sujeitam-se ao mesmo regime (art. 73 da LC 109/2001).

Art. 198. Os devedores proibidos de requerer concordata nos termos da legislação específica em vigor na data da publicação desta Lei ficam proibidos de requerer recuperação judicial ou extrajudicial nos termos desta Lei.

MARCELO VIEIRA VON ADAMEK

393. Atualização dos impedimentos legais

O art. 198 da LRF procedeu à atualização dos impedimentos legais previstos em leis esparsas, prescrevendo que as proibições estabelecidas em normas extravagantes para a concessão de concordata passam a ser aplicáveis à concessão de recuperação judicial ou extraju-

⁹⁰⁰ Cf.: TJSP, 9.^a Câm. Dir. Priv., Ap. 168.102-4/7, rel. Des. Silva Rico, v.u., s.d.; e JTJ 249/75, 248/93 e 280/320.

dicial. É dizer, quem não podia requerer concordata, encontra-se também proibido de pleitear recuperação judicial ou extrajudicial, ressalvada a exceção criada no artigo seguinte.

394. Impedimentos fundados na natureza da atividade

Os impedimentos fundados na natureza da atividade exercida pelo empresário, preservados pela nova lei, são os pertinentes aos seguintes empresários: (i) instituições financeiras (art. 45, parágrafo único, da Lei 4.595/1964) e entidades legalmente equiparadas;⁹⁰¹ (ii) empresas integrantes do sistema de distribuição de títulos ou valores mobiliários no mercado de capitais (art. 53 da Lei 6.024/1974);⁹⁰² (iii) sociedades seguradoras (art. 26 do Dec.-lei 73/1966); (iv) empresas de capitalização (art. 4.º do Dec.-lei 261/1967); (v) operadoras de planos privados de assistência à saúde (art. 23 da Lei 9.656/1998); (vi) entidades fechadas de previdência complementar (art. 47 da LC 109/2001); e (vii) entidades abertas de previdência complementar (art. 77 do Dec. 81.402/1978). Independentemente do disposto no art. 198 da LRF, todos esses empresários estariam, de toda forma, impedidos de requerer recuperação, judicial ou extrajudicial, simplesmente porque o art. 2.º, II, já os havia excluído do alcance da LRF. Para tanto, o preceito mostra-se supérfluo.

Antes da LRF, as empresas exploradoras de serviços aéreos de qualquer natureza ou de infra-estrutura aeronáutica estavam impedidas de impetrar concordata (art. 187 da Lei 7.565/1986). Agora, diante do disposto no art. 199 da LRF, podem requerer recuperação judicial ou extrajudicial, e também estão sujeitas a falência.

395. Impedimentos à concessão de recuperação a empresário beneficiado por concordata

Da conjugação do art. 198 com o art. 48, II, ambos da LRF, extrai-se a conclusão de que o impedimento previsto no art. 140, IV, do Dec.-lei 7.661/1945 continua aplicável, ainda que transitoriamente. Portanto, não poderá pleitear recuperação o devedor que há menos de cinco anos houver impetrado concordata. Assim entendemos, com efeito, porque essa limitação temporal à renovação de pedido concursal pelo devedor constituía autêntica proibição (impedimento), “nos termos da legislação específica” (art. 198 da LRF), precisamente o Dec.-lei 7.661/1945, “em vigor na data da publicação desta Lei”. Além do que, se a lei nova prevê idêntica limitação temporal para novos pedidos de recuperação judicial (art. 48, II, da LRF), não haveria razão plausível para regular diversamente a situação do devedor que vem a pleitear recuperação, após ter impetrado concordata há menos de 5 (cinco) anos. Dito impedimento não se aplicará, porém, se tiver havido desistência da concordata, antes do deferimento de seu processamento pelo juiz (art. 144 do Dec.-lei 7.661/1945).⁹⁰³

Poder-se-ia discordar dessa nossa visão e, assim, sustentar que a concessão de anterior concordata não impediria o requerimento de recuperação dentro do quinquênio, sob o argu-

⁹⁰¹ Vide: art. 18, § 1.º, da Lei 4.595/1964 (entidades equiparadas às instituições financeiras pela Lei Bancária); art. 78 da Lei 5.764/1971 (cooperativas de crédito); art. 7.º da Lei 5.768/1971 (consórcio para a aquisição de bens); e art. 2.º da Lei 9.514/1997 (entidades e empresas do Sistema de Financiamento Imobiliário).

⁹⁰² Confira-se, ainda: arts. 5.º e 10 da Lei 4.728/1965.

⁹⁰³ Cf.: LACERDA, J. C. Sampaio de. *Manual de direito falimentar*, n. 174, p. 233; e NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*, v. 3, n. 28.2.5, p. 520. Vide: RT 485/77.

mento de que, se a lei expressamente admite o pedido de recuperação judicial na pendência da concordata (art. 192, § 2.º, da LRF), por maior razão, haveria também de admiti-lo depois de extinto o favor legal. Mas esse argumento, a nosso ver, provaria demais. Tanto o art. 140, IV, do revogado Dec.-lei 7.661/1945, como o art. 48, II, da LRF, inspiraram-se num só e claro propósito: evitar a utilização sucessiva pelo devedor de instrumentos excepcionais de socorro a empresa que (como a reiteração de per si comprova) não se mostrou economicamente viável, em detrimento dos interesses dos credores. O que o art. 192, § 2.º, da LRF assegura é apenas a possibilidade de o devedor, na *pendência* do processo de concordata, poder também se beneficiar do novo mecanismo da recuperação judicial (tanto assim que o § 3.º do mesmo artigo se reporta expressamente ao processo de concordata em trâmite); não buscou, direta ou indiretamente, assegurar que o devedor, já beneficiado por anterior concordata extinta (concedida ou da qual houve desistência, após o deferimento do seu processamento), possa tornar a requerer socorro antes de decorridos 5 (cinco) anos da anterior impetração.

Os demais impedimentos à concessão de concordata, previstos nos arts. 140 e 158, do revogado Dec.-lei 7.661/1945, não se aplicam, mesmo que transitoriamente, à recuperação, pois, parte deles, conflita com a atual lei e, os demais, foram repetidos na LRF.⁹⁰⁴

396. Correção das remissões legais à concordata

O art. 198 da LRF atualizou os impedimentos à concessão de procedimentos concursais, prescrevendo que os empresários impedidos de requerer concordata encontram-se doravante impedidos de requerer recuperação judicial ou extrajudicial. Com isso, as remissões legais aos impedimentos à concessão de concordata foram indiretamente atualizados.

Note-se, contudo, que esse mesmo resultado teria sido alcançado, se o legislador tivesse simplesmente corrigido genericamente as remissões existentes em leis extravagantes, de “concordata”, “concordata suspensiva” ou “concordata preventiva”, para “recuperação de empresas nos termos da Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005”. Se assim tivesse procedido, teria não apenas atualizado os impedimentos (art. 198 da LRF), como, ademais, teria corrigido as várias referências existentes em outras leis à agora extinta figura da concordata. É claro que a concordata não se confunde com a recuperação judicial ou extrajudicial, e nem se está aqui a sustentar posição diversa: as diferenças são inegáveis. Força reconhecer, porém, que, de regra, as razões determinantes das remissões feitas nas diversas leis à concordata continuam válidas em relação à recuperação (o que de resto a própria *ratio* do art. 198 da LRF vem a confirmar), motivo pelo qual o conserto genérico das remissões teria sido medida salutar.

⁹⁰⁴ Assim: (i) a regularidade do exercício da atividade (art. 140, I, da LF) foi mantida (arts. 48, *caput*, e 51, V, da LRF); (ii) a autofalência (art. 140, II, da LF) continua a ser um dever (art. 105 da LRF), embora não sancionado especificamente na LRF; (iii) os impedimentos resultantes de condenação criminal (art. 140, III, da LF) foram preservados, embora com alterações (art. 48, IV, da LRF); (iv) a exigência de exercício regular de atividade por mais de 2 (dois) anos (art. 158, I, da LF) foi mantida (art. 48, *caput*, da LRF); (v) a exigência de ativo superior a 50% do passivo quirografário (art. 158, II, da LF) não existe, e não deve ser aplicada ao novo processo concursal; (vi) não ser falido ou estar com as obrigações extintas (art. 158, III, da LF) é igualmente exigência constante da lei nova (art. 48, I, da LRF); e, por fim, (vii) a exigência de não ter o devedor título protestado (art. 158, IV, da LF) é incompatível com a lei atual, que, para a concessão de recuperação judicial, não exige a apresentação de certidão *negativa* (refere-se explicitamente a certidão de protesto): o protesto não tem mais efeito impeditivo algum à concessão de recuperação judicial (art. 51, VIII, da LRF).

De toda forma e independentemente da genérica correção legislativa das remissões, deve-se doravante entender que as alusões feitas à “concordata” em várias leis passam a se referir agora ao procedimento de recuperação judicial de empresas regulado pela LRF.⁹⁰⁵ Notadamente porque, ao pleitear recuperação judicial, o devedor estará, de um lado, confessando a sua situação de crise econômico-financeira (arts. 47 e 51, I, da LRF), resultante de insolvência ou iliquidez, e, de outro lado, também estará se sujeitando à imediata decretação de falência, pois, da rejeição do plano, não há outra senão a seguinte solução: a quebra (art. 56, § 4.º, e 73, III, da LRF). Assim, de regra e ressalvada a existência de razão específica (apurável em cada caso concreto), as remissões legais à concordata são, de pronto, aplicáveis à recuperação judicial, e assim devem ser interpretadas.

De forma semelhante, nos negócios jurídicos em que exista referência a “concordata”, deve-se entender que, em princípio e salvo razão diversa a ser apurada em cada caso concreto, compreende os procedimentos de recuperação de empresas regulados pela LRF. Pois “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem” (art. 112 do CC).

Art. 199. Não se aplica o disposto no art. 198 desta Lei às sociedades a que se refere o art. 187 da Lei 7.565, de 19 de dezembro de 1986.

§ 1º 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 contratos de locação, arrendamento mercantil ou de qualquer outra modalidade de arrendamento de aeronaves ou de suas partes.

§ 1º acrescentado pela Lei 11.196 de 21 de novembro de 2005.

§ 2º Os créditos decorrentes dos contratos mencionados no § 1º deste artigo não se submeterão aos efeitos da recuperação judicial ou extrajudicial, prevalecendo os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, não se lhes aplicando a ressalva contida na parte final do § 3º do art. 49 desta Lei.

§ 2º acrescentado pela Lei 11.196 de 21 de novembro de 2005.

§ 3º Na hipótese de falência das sociedades de que trata o caput deste artigo, prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa relativos a contratos de locação, de arrendamento mercantil ou de qualquer outra modalidade de arrendamento de aeronaves ou de suas partes.

§ 3º acrescentado pela Lei 11.196 de 21 de novembro de 2005

MARCELO VIEIRA VON ADAMEK

⁹⁰⁵ Assim, por exemplo: (i) arts. 68, § 3.º, d, 122, IX e parágrafo único, e 210, VII, da Lei das Sociedades por Ações (Lei 6.404/1976); (ii) arts. 1.071, VIII, 1.072, § 4.º, e 1.103, VII, do CC (Lei 10.406/2002); (iii) art. 24, da Lei de Protestos (Lei 9.492/1997); (iv) art. 24, *caput*, do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994); (v) art. 15 do Regulamento dos Serviços de Radiodifusão (Dec. 52.795/1963); (vi) art. 61 da Lei do IR (Lei 4.506/1964); (vii) art. 63, § 6.º, da Lei de Condomínios de Edifícios e Incorporações (Lei 4.591/1964); (viii) art. 45, parágrafo único, da Lei Bancária (Lei 4.595/1964); (ix) art. 2.º, I, do Dec.-lei 286/1967; (x) art. 5.º, da Lei de Execuções Fiscais (Lei 6.830/1980); (xi) art. 51 da Lei Orgânica da Seguridade Social (Lei 8.212/1991); (xii) art. 38, § 3.º, da Lei do Inquilinato (Lei 8.245/1991); (xiii) arts. 31, II e 80, § 2.º, da Lei de Licitações (Lei 8.666/1993); e (xiv) art. 7.º, da Lei sobre Câmaras e Prestadores de Serviços de Compensação e de Liquidação no âmbito do Sistema de Pagamentos Brasileiro (Lei 10.214/2001), e art. 30, § 1.º, da Medida Provisória 2.192-70/2001, aos quais se referem os arts. 193 e 194 da LRF; dentre outras.

397. Sociedades exploradoras de serviços aéreos ou de infra-estrutura aeronáutica

De acordo com o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565, de 19 de dezembro de 1986), os empresários que se dedicavam à exploração de serviços aéreos de qualquer natureza ou de infra-estrutura aeronáutica não podiam impetrar concordata.⁹⁰⁶ A partir da entrada em vigor do novo diploma, porém, passam a ter o direito de pleitear recuperação, judicial ou extrajudicial, e, conseqüentemente, ficam sujeitos à falência (art. 199, *caput*, da LRF). Desfrutam dos bônus e ficam sujeitos aos ônus comuns aos empresários em geral, sem exceções. Trata-se de sensível opção de política legislativa, que traz, como lógica contrapartida, a assunção de responsabilidades pelos órgãos governamentais, aos quais caberá o poder-dever de fiscalizar, de perto e com redobrada cautela, os aludidos empresários em regime concursal, sem descuidar de seus deveres e sem ignorar os riscos próprios da atividade de navegação aérea. Resta saber como o usuário irá reagir à sujeição de uma empresa aérea a procedimento concursal, especificamente se ainda assim continuará a utilizar os seus serviços, com a mesma intensidade, ou se o receio de que a manutenção não esteja sendo feita a contento irá levá-lo a se valer dos serviços de concorrente. É forçoso reconhecer que o risco de que as manutenções não estejam sendo realizadas adequadamente existe pelo só estado de crise da empresa, independentemente da submissão do empresário a regime concursal, ordinário ou não. Na realidade, sob tal ótica, talvez seja preferível, e certamente é mais honesto, que todos fiquem sabendo do estado de crise (e possam assim cobrar das autoridades o fiel cumprimento de suas atribuições), do que escamotear a realidade e sujeitar consumidores incautos aos perigos e aos percalços resultantes da contratação dos serviços de companhias aéreas insolventes: voarem em aeronaves sucateadas ou serem largados à sua própria sorte em aeroportos País afora... Os episódios de nossa recente história, infelizmente, não nos desmentem.

398. Contrato de arrendamento mercantil: regime original da LRF

Preocupados em preservar os seus privilégios, as sociedades arrendadoras de aeronaves, turbinas e outras partes (sociedades essas vinculadas a grupos financeiros) mobilizaram-se e conseguiram introduzir, no texto da atual lei concursal, a regra do primitivo e já agora revogado parágrafo único do art. 199 da LRF, essencialmente para

⁹⁰⁶ Antes dele, o Dec.-lei 669/1969 dispunha em idêntico sentido. Fábio Konder Comparato anteviu nessa restrição clara manifestação do dualismo pendular do direito falimentar brasileiro, desta feita para a proteção dos interesses dos credores, em detrimento do devedor e com total alheamento da figura da empresa (que, entre nós, só passou a ser o principal objeto da tutela legal agora perante a LRF). Sobre a opção legislativa, ora abandonada, de excluir as empresas aéreas da proteção da concordata, o citado mestre dirigiu crítica mordaz: “Exemplo sugestivo do desfavor atual do instituto da concordata é o recente Dec.-lei 669, de 3 de julho de 1969, que suprimiu-a para ‘as empresas que, pelos seus atos constitutivos, tenham por objetivo, exclusivamente ou não, a exploração dos serviços aéreos de qualquer natureza ou de infra-estrutura aeronáutica’, sob a excelente justificativa de que ‘a concordata, sendo um favor legal, que se dá à empresa estritamente comercial para continuar o seu negócio, não é de molde a ser admitida para a empresa de transporte aéreo, quando se tem em vista, acima do interesse comercial da empresa a regularidade e segurança de vôo’. Como se percebe, a concepção que o legislador atual faz da concordata não é das mais largas (...). Mas qual é, então, o remédio jurídico aplicável à insolvência desses comerciantes? O remédio é simplesmente... não ficar insolvente, o que talvez ainda acabe sendo editado por Decreto-lei” (COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*, n. 37, p. 100-101).

dispor que os contratos de arrendamento mercantil de tais bens não seriam atingidos pelos efeitos dos procedimentos concursais regulados na LRF.⁹⁰⁷ Por isso, independentemente do estado de crise econômico-financeira, o devedor não tinha outra alternativa senão continuar a cumprir com as suas obrigações contratuais nos exatos termos contratados; do contrário, positivado o inadimplemento, a arrendadora poderia exercer as pretensões apropriadas para resolver o contrato e reaver a posse direta do bem de sua propriedade, pouco importando se o devedor encontrava-se em recuperação, judicial ou extrajudicial, ou em falência.

Ocorre, porém, que o citado parágrafo único do art. 199 da LRF foi revogado pelo art. 122 da Lei 11.196, de 21 de novembro de 2005 (publicada no *DOU* de 22.11.2005), que, no seu lugar, introduziu três novos parágrafos, abaixo comentados. Considerando, no entanto, que, por força de regra de direito intertemporal, o primitivo parágrafo único do art. 199 da LRF continuará a se aplicar transitivamente aos processos de falência, recuperação judicial ou extrajudicial em curso na data da publicação da Lei 11.196/2005,⁹⁰⁸ julgamos oportuno manter, ao menos nesta edição da obra, as considerações que apresentamos anteriormente em relação à regra primitiva da lei concursal.

Com efeito, a regra do primitivo parágrafo único do art. 199 da LRF não era idêntica à prevista no art. 49, § 3.º da LRF. Em primeiro lugar, porque aquele preceito fazia expressa referência à recuperação judicial e à falência, enquanto que este se refere apenas à recuperação judicial, e, remissivamente, à recuperação extrajudicial (art. 161, § 1.º, da LRF). Em segundo lugar, porque, enquanto o art. 49, § 3.º, da LRF reporta-se genericamente aos contratos de arrendamento mercantil (qualquer que seja o bem arrendado), o art. 199, parágrafo único, da LRF, ao revés, aplicava-se exclusivamente a contratos de arrendamento mercantil de aeronaves ou de suas partes. Em terceiro lugar, por fim, as regras ainda diferiam, porque, pelo primitivo parágrafo único do art. 199 da LRF, o exercício de direitos derivados de contratos de arrendamento mercantil de aeronaves ou de suas partes “em nenhuma hipótese ficará suspenso”, ao passo que, diversamente, nos demais contratos de arrendamento, o exercício dos direitos, ao menos parcialmente, ficará suspenso pelo prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias contados do deferimento do processamento da recuperação judicial (art. 6.º, § 4.º, da LRF), dentro do qual não será permitida a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais à sua atividade empresarial. Dir-se-á que o legislador não pretendeu instituir diversidade de tratamento para os contratos de arrendamento mercantil. Pode ser que não, mesmo, e que tenha apenas pretendido ratificar, no primitivo parágrafo único do art. 199 da LRF aquilo que já havia afirmado anteriormente no art. 49, § 3.º, da LRF. Contudo, depois de sancionada a lei, o eventual desejo do legislador é e era dado de somenos importância. Não se sobrepõe às *verba legis*. E, num caso, afirmava-se peremptoriamente que “em nenhuma hipótese” o exercício de direitos ficará suspenso; noutra, ainda que por tempo

⁹⁰⁷ O primitivo parágrafo único do art. 199 da LRF dispunha: “Na recuperação judicial e na falência das sociedades de que trata o *caput* deste artigo, em nenhuma hipótese ficará suspenso o exercício dos direitos derivados de contratos de arrendamento mercantil de aeronaves ou de suas partes”.

⁹⁰⁸ O art. 123 da Lei 11.196, de 21 de novembro de 2005 ressalvou a inaplicabilidade das novas regras dos parágrafos do art. 199 da LRF aos processos em andamento: “Art. 123. O disposto no art. 122 desta Lei não se aplica aos processos de falência, recuperação judicial ou extrajudicial que estejam em curso na data de publicação desta Lei”. Observe-se, porém, que, ao menos expressamente, o legislador também não ressalvou a ultratividade da regra antiga aos processos em curso.

determinado, existe a previsão de suspensão dos atos de remoção – sendo que, numa ação de reintegração de posse, impedir a retirada do bem durante certo tempo, constitui eufemismo para assentar que, nesse período, o proprietário ficará privado do exercício de um dos mais expressivos poderes inerentes ao domínio, que é o de reaver a coisa do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha (art. 1.228 do CC).

Estabelecida a distinção entre as duas regras legais no parágrafo antecedente, indagava-se: seria, então, possível sustentar que os contratos de arrendamento mercantil de aeronaves sujeitar-se-iam aos efeitos de recuperação extrajudicial, já que, pelo art. 161, § 1.º, da LRF, dela foram excepcionados apenas os credores referidos no art. 49, § 3.º, da LRF, sem que exista regra excluindo os credores mencionados no primitivo parágrafo único do art. 199 da LRF? A resposta negativa se impunha, sem hesitações: o arrendador não ficava sujeito aos efeitos da recuperação extrajudicial. Em primeiro lugar, porque, se o contrato de arrendamento mercantil de aeronaves encontrava-se imune aos efeitos da falência e da recuperação judicial, *a fortiori*, não poderia ser atingido por procedimento de menor intensidade. Em segundo lugar, porque seria aberrante entender-se que o gênero foi excluído (= contratos de arrendamento mercantil), mas não a espécie (= contrato de arrendamento mercantil de aeronaves ou de suas partes).

Por fim, em sua redação originária, a regra do parágrafo único do art. 199 da LRF não apanhava os contratos de arrendamento ou locação de aeronaves, turbinas e outras partes (arts. 127 a 132 da Lei 7.565/1986), para os quais prevalecia regra diversa (art. 119, VII, da LRF). O primitivo parágrafo único do art. 199 da LRF aplicava-se apenas aos contratos de arrendamento mercantil ou *leasing* financeiro (Lei 6.099/1974). Pois, criando sistema de privilégio para os contratantes dentro dos procedimentos de recuperação (arts. 49, § 3.º, e 161, § 1.º, da LRF) e, portanto, constituindo exceção ao princípio da universalidade (art. 49 da LRF), as regras sobre tratamento privilegiado aos arrendadores mereciam exegese restritiva, sobretudo se se tivesse em conta os princípios regentes da recuperação (art. 47 da LRF). Assim, quando no aludido parágrafo único a LRF referia-se a contratos de arrendamento mercantil de aeronaves ou de suas partes, abrangia apenas aqueles contratos de *leasing* financeiro, nacionais e internacionais, referidos no art. 137 da Lei 7.565/1986 e, também, regulados pela Lei 6.099/1974.

Em termos práticos, por isso mesmo, o primitivo parágrafo único do art. 199 da LRF não surtiu o efeito desejado pelas empresas arrendadoras, notadamente porque, por força de particularidades próprias da nossa legislação tributária e do próprio *modus operandi* do setor, as aeronaves e as suas partes usualmente não constituem objeto de contratos de arrendamento mercantil propriamente dito (*leasing* financeiro), mas são objeto de contratos de *leasing* operacional (regidos essencialmente por regras próprias de locação) ou arrendamento simples (arts. 127 a 132 da Lei 7.565/1986), aos quais, por isso, não se aplicava o excepcional parágrafo único do art. 199 da LRF.

398.A. Contratos de locação, arrendamento mercantil e arrendamentos em geral de aeronaves ou de suas partes: novo regime em vigor.

À vista das limitações apresentadas pela regra do primitivo parágrafo único do art. 199 da LRF, assinaladas no item anterior, as empresas arrendadoras atuantes no setor aeronáutico novamente se mobilizaram e, pouco tempo após a entrada em vigor da nova lei concursal brasileira, conseguiram reformular a regra sobre contratos de arrendamento de aeronave e suas partes. Pelo art. 123 da Lei 11.196, de 21 de no-

vembro de 2005 (em vigor na data de sua publicação no *DOU* de 22.11.2005), foram introduzidos três novos parágrafos no art. 199 da LRF, os quais eliminaram as possíveis dúvidas acima suscitadas em relação ao primitivo parágrafo único do mesmo artigo e, sobretudo, estenderam o regime excepcional a quaisquer contratos de arrendamento ou locação de aeronaves e suas partes.

Doravante, portanto, na recuperação judicial (e, *a fortiori*, na recuperação extrajudicial), bem como na falência das sociedades exploradoras de serviços aéreos ou de infra-estrutura aeronáutica, o exercício dos direitos derivados de quaisquer contratos de locação ou arrendamento de aeronaves ou de suas partes não ficará suspenso, em nenhuma hipótese. A nova regra legal, lata e redundante, abarca, indubitavelmente, os contratos de arrendamento ou locação (arts. 127 a 132 da Lei 7.565/1986), arrendamento mercantil ou *leasing* financeiro (art. 137 da Lei 7.565/1986), *leasing* operacional e qualquer outra modalidade de arrendamento, que tenham por objeto aeronaves ou suas partes.⁹⁰⁹ Em casos que tais, até mesmo os atos de apreensão e remoção poderão ser praticados ainda durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4.º do art. 6.º da LRF, sem que se possa, pois, quanto a eles, aplicar a ressalva contida na parte final do § 3.º do art. 49 da LRF. Os créditos decorrentes dos citados contratos, portanto, não se submeterão aos efeitos da recuperação judicial ou extrajudicial, prevalecendo sempre os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais ajustadas.

De resto, como aliás nem diferente poderia ser, no caso de falência de sociedade exploradora de serviço aéreo ou de infra-estrutura aeronáutica, prevalecerão os direitos de propriedade sobre os bens objeto de contratos de locação ou arrendamento de qualquer espécie de aeronaves ou de suas partes.

Em termos práticos, o novo regime praticamente inviabiliza (ou torna muito difícil) a eventual recuperação de empresas atuantes no setor da navegação aérea.

Art. 200. Ressalvado o disposto no art. 192 desta Lei, ficam revogados o Decreto-lei 7.661, de 21 de junho de 1945, e os arts. 503 a 512 do Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal.

MARCELO VIEIRA VON ADAMEK

399. Revogação expressa da Lei de Falências (total) e do Código de Processo Penal (parcial)

A LRF revogou expressamente os arts. 503 a 512 do Dec.-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), os quais regulavam o processo e o julgamento dos crimes falimentares, e o Dec.-lei 7.661, de 21 de junho de 1945, ressalvado, apenas quanto a este, a ultratividade prevista no art. 192 da LRF, a cujos comentários aqui nos reportamos.

⁹⁰⁹ A regra é lata, mas ainda assim contém uma limitação material intransponível e insuperável por métodos exegéticos ampliativos (inaplicáveis ao direito excepcional): se a “outra modalidade de arrendamento” não reunir os elementos essenciais da relação jurídica de arrendamento ou locação de coisas (art. 565 da CC), o regime do art. 199 da LRF não incidirá. Comodato, promessa de compra e venda, compra e venda a crédito (com ou sem reserva de domínio), negócios fiduciários etc., escapam do alcance da regra em comento.

400. Acerto da revogação do Dec.-lei 7.661/1945

Para modernizar o direito concursal brasileiro e adequá-lo às tendências de preservação da empresa economicamente viável, o legislador pátrio tinha claramente dois caminhos bem distintos a seguir: *ou* cuidaria de atualizar o Dec.-lei 7.661/1945 *ou* simplesmente desistiria de qualquer medida nesse sentido para, em seu lugar, elaborar uma lei completamente nova. Optou por esse segundo caminho, por ter prevalecido o entendimento de que o descompasso da antiga Lei de Falências – redigida para o pequeno comerciante individual e com total alheamento da figura da empresa, para a qual não previa mecanismos hábeis de recuperação – seria de tal modo significativo que, atualizá-la, implicaria em reescrevê-la completamente.⁹¹⁰ Se essa pressuposição foi correta e se o novo diploma veio a atender os desígnios sociais, o tempo haverá de dizer.

Cumprido deixar registrado, no entanto, que não foram poucos os estudiosos que discutiram o acerto desta decisão. Isto porque, conquanto inegavelmente desatualizado, o Dec.-lei 7.661/1945 possuía inegáveis méritos: redação adequada de seus preceitos, sistematização didática e lógica de seus institutos e preocupação em regular as múltiplas conseqüências da falência, sem se mencionar ainda a riquíssima experiência, doutrinária e jurisprudencial, acumulada ao longo de quase sessenta anos de vigência.⁹¹¹ Além disso, a concordata, estruturada como verdadeira ação, tinha, pelo menos, a vantagem de não sujeitar o devedor à pura e simples vontade dos credores, que sempre foi fonte de fraudes e manobras. Em não poucos casos, o favor legal constituiu instrumento útil para socorrer as empresas em crise. Daí porque, para os partidários desta corrente, teria sido preferível atualizar o Dec.-lei 7.661/1945 (racionalizando a falência e aprimorando a concordata) para, somente depois disso, elaborar outra lei específica para a recuperação, como instrumento *adicional* de socorro às empresas em crise, ampliando o leque de instrumentos postos à disposição dos interessados.

Apesar disso, prevaleceu o entendimento de que o Dec.-lei 7.661/1945 estaria completamente desatualizado e, por isso, em 1993, foi constituída comissão para elaborar anteprojeto de lei, do qual se originou o Projeto de Lei 4.276-B/1993 da Câmara dos Deputados e que, depois de bastante reformulado quando de sua tramitação pelo Senado Federal (Projeto de Lei 71 de 2003), acabou por se transformar na atual Lei de Recuperação de Empresas e Falência (Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005).

⁹¹⁰ Paulo Fernando Campos Salles de Toledo sustentava que a antiga Lei de Falências foi “feita para o pequeno comerciante em nome individual” (TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *A empresa em crise no direito francês e americano*, n. 1.1, p. 2) e, “embora posterior à lei falimentar italiana e ao Código Civil do mesmo país, ambos de 1942, desconhece as noções de empresa e de empresário” (Idem, *ibidem*).

⁹¹¹ Tão importante é esta experiência que, na França, Roger Houin chegou a questionar as vantagens advindas das constantes reformas legislativas naquele país: “*L’incertitude du droit qui en résulte risque de contrebalancer les effets heureux que l’on entend tirer de la réforme*” (Introduction, *Les innovations de la Loi sur le Redressement Judiciaire des Entreprises*, p. 10, número especial da *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*, ed. Sirey, Paris, 1986)” (Apud TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *A empresa em crise no direito francês e americano*, n. 3.1, nota 1, p. 54). Na mesma linha é a crítica de Manoel Justino Bezerra Filho (em entrevista para *Direito societário e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas* – coords. Rodrigo R. Monteiro de Castro e Leandro Santos de Aragão, p. 376-377).

É preciso aqui lembrar, no entanto, que a verdadeira modernização do direito concursal pressupõe mais do que a simples mudança da lei.⁹¹² As soluções para os problemas das empresas em crise não dependem *apenas* de leis modernas,⁹¹³ embora delas não possam prescindir, pois requerem meios, materiais e humanos, para serem colocadas em prática. Sobretudo, exigem dos seus aplicadores sensibilidade para entender que o objeto a ser tutelado é a empresa (e não simplesmente o empresário ou os seus credores) e que, doravante, vigem princípios novos (arts. 47 e 75 da LRF), a partir dos quais se deve sempre iniciar a interpretação das regras legais.

Art. 201. Esta Lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação.

MARCELO VIEIRA VON ADAMEK

401. Entrada em vigor

A nova lei entrou em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação (art. 201 da LRF). Para definir a data exata, é preciso seguir a regra geral de contagem de prazos prevista no art. 8.º, § 1.º, da LC 95/1998:⁹¹⁴ inclui-se a data da publicação e inclui-se também o último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente. A LRF foi publicada no Diário Oficial da União de 09.02.2005. Incluindo-se o dia da publicação (09.02.2005), como início do prazo, e incluindo-se o último dia do prazo de 120 (cento e vinte) dias (08.06.2005), inferre-se que a LRF entrou em vigor no dia subsequente, isto é, em 09.06.2005.⁹¹⁵ Até então, a

⁹¹² “As deficiências de uma lei de falências” – frisou J. C. Sampaio de Lacerda – “nem sempre são devidas aos seus princípios, mas aos seus aplicadores, que falham em seus misteres, deixando que os processos falimentares e de concordatas permaneçam orientados por pessoas inescrupulosas e desinteressadas economicamente no perfeito e completo andamento do processo, além de, muitas vezes, assoberbadas por massas de processos, sem poder cuidar deles, com a atenção merecida, em prazo útil” (LACERDA, J. C. Sampaio de. *Manual de direito falimentar*).

⁹¹³ Georges Ripert, apreciando a legislação francesa, afirmou: “Malgré la multiplicité des procédures imaginées par le législateur, les différentes techniques mises en oeuvre à partir de 1967 sont loin d’assurer un traitement convenable des entreprises en difficulté” (RIPERT, Georges; ROBLOT, René. *Traité de droit commercial*, n. 2.813, p. 763). Confirmando essa constatação, Jorge Lobo assinala: “estatísticas confiáveis demonstram que até as leis mais avançadas, como a italiana de 1942, a americana de 1978 e a francesa de 1985, fracassaram” (LOBO, Jorge. *Direito da crise econômica da empresa*, p. 12).

⁹¹⁴ Cf.: “A contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral” (LC 95/1998, art. 8.º, § 1.º).

⁹¹⁵ No mesmo sentido (entrada em vigor em 09.06.2005): Manoel Justino Bezerra Filho (*Nova Lei de Recuperação e Falências Comentada*, 3. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 406), José da Silva Pacheco (*Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência*, Rio de Janeiro: Forense, 2006, n. 332.1, p. 400), Luiz Antonio Soares Hentz e Adalberto Simão Filho (*Comentários à nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências* (obra coletiva) – coords. Newton De Lucca e Adalberto Simão Filho, São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 650) e Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (*Leis civis comentadas*, São Paulo: RT, 2006, nota 201-2, p. 493). Em sentido diverso, entendendo que a LRF entrou em vigor: (i) no dia 08.06.2005: Fábio Ulhoa Coelho (*Comentários à nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005, n. 364, p. 425); (ii) em 08.06.2005 a parte penal e, em 09.06.2005, os demais dispositivos: Arthur Migliari Jr. (*Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência* – coord. Paulo F. C. Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 494); e (iii) no dia 10.06.2005: Roberto Senise Lisboa (*Comentários*

antiga lei (Dec.-lei 7.661/1945) permaneceu em vigor, já que os preceitos da lei nova não produziam efeitos, por não serem obrigatórios; depois disso, passou a ter ultratividade exclusivamente para transitoriamente continuar a reger os processos referidos no art. 192, *caput*, da LRF, a cujos comentários aqui nos reportamos.

O período de tempo que se inicia com a publicação da lei e termina com a sua efetiva entrada em vigor denomina-se *vacatio legis*. Nele não há vácuo legislativo: a lei antiga continua em pleno vigor.⁹¹⁶ A *vacatio legis*, lembrava Vicente Ráo, justifica-se por duas razões: “porque faz a lei mais e melhor conhecida e porque proporciona, às autoridades incumbidas de fazê-la executar e às pessoas por ela atingidas, a oportunidade de se prepararem para a sua aplicação”.⁹¹⁷ Para tanto, o período de vacância definido no art. 201 da LRF é manifestamente inadequado, se se considerar a importância e a complexidade das matérias tratadas no novo diploma. O Projeto da Câmara dos Deputados fixava prazo maior, de 180 (cento e oitenta) dias, também insuficiente. As alterações da Lei 11.101/2005 em relação ao regime pretérito foram de monta, de modo que um período de, no mínimo, 360 (trezentos e sessenta) dias seria desejável, assegurando-se, pois, a realização de debates e encontros, para a discussão da lei (e não apenas de projeto), e permitindo, ademais, a produção de estudos de doutrina mais consistentes, antes da entrada em vigor da nova lei. Infelizmente, o legislador pátrio nunca se preocupou com aspectos ligados à certeza e segurança na aplicação da lei, e o art. 201 da LRF não foge desta nefasta regra.⁹¹⁸ Em países avançados, não tem sido assim.

Brasília, 9 de fevereiro de 2005; 184º da Independência e 117º da República.

Luiz Inácio Lula da Silva

(DOU 09.02.2005, Edição Extra)

à nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências (obra coletiva) – coords. Newton De Lucca e Adalberto Simão Filho, São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 665), Rubens Approbato Machado (*Visão geral da nova Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, Comentários à nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas* – coord. Rubens Approbato Machado, São Paulo: Quartier Latin, 2005, n. 3.1.1.13, p. 43) e Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Jr. e Fábio M. de Almeida Delmanto (*Leis penais especiais comentadas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 730-731).

⁹¹⁶ Cf.: MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal (ou teoria da retroatividade das leis)*, n. 4, p. 13; e COMPARATO, Fábio Konder. *Comentários às disposições transitórias da nova Lei de Sociedades por Ações*, n. 8, p. 12 (afirmando, textualmente, que “a *vacatio legis* não é um vácuo legislativo”).

⁹¹⁷ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, v. 1, t. I, n. 240, p. 372.

⁹¹⁸ Contam-se poucas leis no Brasil que tenham passado por longo período de *vacatio legis*, e depois disso tenham entrado em vigor. A Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973) é exceção, que apenas confirma a regra: publicada em 31.12.1973, entrou em vigor em 01.01.1976 (art. 298).



TERCEIRA PARTE

COMENTÁRIOS À LEI COMPLEMENTAR 118,
DE 9 DE FEVEREIRO DE 2005



LEI COMPLEMENTAR 118, DE 9 DE FEVEREIRO DE 2005

Altera e acrescenta dispositivos à Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, e dispõe sobre a interpretação do inciso I do art. 168 da mesma Lei.

O Presidente da República:

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

JOSÉ MARCELO MARTINS PROENÇA

1. Introdução

Em data de 09 de fevereiro de 2005, permeada por ostensivas notícias na imprensa escrita e falada, foi publicada a chamada e ansiada “nova lei de falência e de recuperação de empresa”, assumindo o simpático número 11.101. Como pode ser observado nos demais capítulos deste livro, novidades de toda ordem existem: revogação da concordata, criação do instituto da recuperação (judicial e extrajudicial) de empresas, substancial modificação na classificação dos créditos na falência e dos privilégios dos créditos fiscais e trabalhistas no processo de falência e de recuperação judicial etc.

Em decorrência dessas novidades no direito concursal brasileiro, com relevantes reflexos na ordem tributária nacional, sentiu o legislador a necessidade irreversível de alterar, conjuntamente, o Código Tributário Nacional, com vistas a adaptá-lo àquelas novas regras.

Foi nesse cenário, e com esse objetivo primordial, que, no mesmo dia 09 de fevereiro de 2005, foi publicada a Lei Complementar 118, que “altera e acrescenta dispositivos à Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, e dispõe sobre a interpretação do inciso I do art. 168 da mesma Lei”, com *vacatio legis* idêntica à Lei 11.101/2005, ou seja, 120 dias da publicação.¹

De fato, tendo em vista as inúmeras modificações no direito concursal, com a criação de novos institutos e procedimentos jurídicos, se fez indispensável uma adequação do Código Tributário Nacional, principalmente nas partes que versam sobre a sucessão e o crédito tributário, tudo com vistas a que a Lei 11.101/2005 possa ter eficiência e efetividade.

Além disso, ressalte-se também que, na atual situação jurídico-econômica nacional, onde a carga tributária é elevadíssima, o sistema fiscal é um dos mais complexos do

¹ A LC 118, em seu art. 4.º, apesar de prever *vacatio legis* de 120 dias, para os fins da regra interpretativa constante no art. 3.º (prazo de 5 anos para o intento da ação de repetição do indébito a contar da data do pagamento antecipado), de constitucionalidade duvidosa, como será objeto de apreciação do decorrer deste trabalho, prevê a produção de efeitos retroativos.

mundo e o ônus tributário figura como o principal motivo da fuga das empresas para a informalidade jurídica (e como o mais preponderante custo de qualquer empresa nacional), não é aconselhável, nem, talvez, possível, pensar em alteração no sistema concursal brasileiro sem alterar o sistema tributário.

Contudo, e isso não se pode esconder, em se tratando de matéria tributária, uma vez mais o legislador nacional, com “mão de gato”, embutiu na Lei Complementar em comento matéria estranha àquela a que se destinava (adaptação à nova Lei concursal), com o claro e reincidente objetivo de aumentar a arrecadação. Nesse sentido: “Revoltados com a tática das autoridades fazendárias de introduzir sorrateiramente medidas de natureza fiscal em projetos de lei que não tratam especificamente de matéria tributária, procurando com essa esperteza aumentar a receita tributária, manipular alíquotas e esvaziar direitos dos contribuintes, alguns dos mais conceituados ministros do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiram dar um basta ao que chamaram de ‘volúpia arrecadatória’ do governo. Para tanto, passaram a questionar abertamente a constitucionalidade dessas medidas, o que é uma atitude inusitada na história do Judiciário brasileiro. Entre as instâncias superiores, esse tipo de julgamento sempre ficou a cargo do Supremo Tribunal Federal (STF). O que levou o STJ a tomar essa surpreendente iniciativa foi a edição da Lei Complementar 118, em fevereiro deste ano. Embora ela tenha sido concebida para adequar o Código Tributário Nacional à nova Lei de Falências, a Receita Federal aproveitou a ocasião para, com mão de gato, introduzir um dispositivo que reduz de 10 para 5 anos o prazo para as empresas entrarem com pedido de compensação ou recuperação de tributos pagos a mais e de impostos declarados ilegais pela justiça”.²

Não nos preocuparemos, neste trabalho, detidamente, com as alterações da legislação tributária patrocinadas pela Lei Complementar 118/2005 que não tenham ligação com o novo direito concursal brasileiro; ao contrário, nestas breves considerações que faremos, tenderemos a apontar as principais alterações no CTN, sempre tendo em mente a sua correlação com a Lei 11.101/2005.

A interpretação destes artigos alterados do CTN deve ser feita levando-se em conta alguns métodos da hermenêutica jurídica. Em primeiro lugar, não se pode descolar do método lógico-sistemático para analisar as mudanças do CTN e do novo regime do direito concursal em conjunto, a permitir conclusões lógicas e não contraditórias, segundo os dispositivos de ambas as leis. O respeito ao método teleológico, seguindo a idéia de que a LC 118/2005 foi editada visando a adaptação do direito tributário aos mandamentos do direito concursal, também é indispensável. Por fim, ressalte-se que qualquer interpretação que se faça da LC 118/2005 deve se dar levando-se em conta o método histórico, ou seja, o intérprete nunca poderá dissociar a gênese da Lei como decorrência da origem de um novo pensamento do direito concursal brasileiro. Qualquer interpretação que se der em desrespeito a este contexto corre o risco de desvirtuá-la de sua finalidade e essência criadora.

2. Princípios gerais da nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas e os pilares da alteração da legislação tributária

A nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, releva-se salientar, tem natureza de microsistema. Em termos de técnica legislativa, relembre-se que, no fim do Século XVIII e

² Jornal *O Estado de São Paulo*, edição de 29.03.2005, p. A3.

início do século XIX, surgiu o modelo clássico de codificação, objetivando a reunião completa de toda matéria de algum ramo jurídico em determinado código. No Século XX, contudo, o que se verificou foi a superação deste modelo clássico de codificação e uma expansão da legislação especial que acabou por adquirir estabilidade, assegurando a sua aplicabilidade e introduzindo modificações nas normas de direito comum. Essas leis especiais atendem apenas determinada situação jurídica com visão de conjunto de todo o fenômeno, e são imunes à contaminação de regras de outros ramos do direito. A Lei 11.101/2005, espelhando a tendência atual da descodificação do direito, deve ser entendida de conformidade com a moderna noção de microsistema, ou seja, mesmo não configurando um ramo autônomo do direito, mas, ao contrário, entrelaçando-se entre os seus diversos ramos, tem principiologia própria em defesa de determinados bens jurídicos, é dotada de lógica autônoma e seu estudo ocorre em disciplina própria, devido à importância e à estrutura que alcançou.

Assim considerada a Lei 11.101/2005, torna-se relevante relembrar os princípios nela constantes, bem sintetizados no relatório do Senado, de lavra do Senador Ramez Tebet. São eles:

a) preservação da empresa: esse princípio, fundamento até no próprio projeto de lei, leva em conta a função social da empresa, que deve ser preservada sempre que possível, “contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento social do País”;

b) separação dos conceitos de empresa e de empresário: não se deve confundir a empresa com a pessoa natural ou jurídica de quem a compõe ou controla;

c) recuperação das sociedades e empresários recuperáveis: o Estado deve dar condições e instrumentos para a recuperação da empresa, mantendo-se, sempre que possível, a sua estrutura organizacional ou societária;

d) retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis: sendo a empresa inviável, o Estado deve “promover de forma rápida e eficiente sua retirada do mercado”;

e) proteção aos trabalhadores: os trabalhadores devem ser protegidos, com a precedência no recebimento de seus créditos na falência e na recuperação judicial e devem ter instrumentos, na manutenção da empresa, capazes de preservar seus empregos e criar novas oportunidades àqueles que se encontram desempregados;

f) redução do custo do crédito no Brasil: a classificação de créditos na falência deve fazer com que haja a preservação das garantias;

g) celeridade e eficiência dos processos judiciais: pretende-se que as normas procedimentais na falência e na recuperação judicial sejam simples, dando celeridade e eficiência ao processo;

h) segurança jurídica: devem ser claras e precisas as normas relativas à falência, à recuperação judicial e à recuperação extrajudicial, para “evitar que múltiplas possibilidades de interpretação tragam insegurança jurídica aos institutos”;

i) participação ativa dos credores: os credores não podem ser meros espectadores; deverão participar, ativamente, dos processos de falência e de recuperação;

j) maximização do valor dos ativos do falido: “A lei deve estabelecer normas e mecanismos que assegurem a obtenção do máximo valor possível pelos ativos do falido, evitando a deterioração provocada pela demora excessiva do processo e priorizando a venda da empresa em bloco, para evitar a perda dos intangíveis”;

k) desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte: desburocratizando e desonerando o procedimento, permite-se que as microempresas e as empresas de pequeno porte tenham ampliado o acesso à recuperação; e

l) rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação judicial: a nova lei tipifica a conduta da prática de atos definidos como crime, em razão da falência e da recuperação judicial, coibindo a prática de fraudes de natureza falimentar.

Apurados esses princípios, facilitada encontra-se a tarefa de interpretar os dispositivos da Lei Complementar 118/2005, que, conforme salientado no tópico anterior, deve se dar respeitando os métodos lógico-sistemáticos, teleológico e histórico, sob o risco, em caso negativo, de apurarmos normas contraditórias entre as duas novas legislações (Lei 11.101/2005 e LC 108/2005).

Além disso, e por fim, para facilitar a interpretação, mister a transcrição de parte do Parecer do Senado, de lavra do senador Ramez Tebet, sobre o projeto de alteração do CTN: “O projeto de lei referenciado na epígrafe tem por escopo introduzir algumas alterações na Lei 5.172, de 1966 – Código Tributário Nacional (CTN). Em sua quase totalidade, tais alterações buscam compatibilizar o Código com a nova lei de falências, matéria que se discute no Projeto de Lei da Câmara n. 71, de 2003. *As alterações que ora se propõem para o Código Tributário Nacional decorrem do objetivo maior de modernização da lei de falências*, a qual se discute no Projeto de Lei da Câmara n. 71, de 2003 (PLC-71/2003). No PLC-71/2003, devem ser ressaltados três objetivos que têm pertinência com o projeto que ora se aprecia nesta Comissão: – modernização na realização dos ativos na falência, com vistas não apenas à agilização dos procedimentos, mas principalmente à obtenção de maior valor; – exclusão da sucessão tributária na alienação judiciária, tanto no processo de falência quanto na recuperação judicial de empresas; – igualdade de condições entre o crédito tributário e o crédito com garantia real na ordem de classificação da falência. Efetivamente, o projeto sacrifica, em parte, os privilégios hoje existentes para o crédito público. Todavia, busca-se fazê-lo de modo bastante limitado, cauteloso e equilibrado. No final, o objetivo maior é, juntamente com a modernização da falência e da agora instituída recuperação judicial (desaparece a concordata), *criar condições para o barateamento do crédito (pelo aumento relativo da garantia dos mutuantes) e para a recuperação da empresa ou de suas unidades produtivas*” (g.n.).

3. As alterações do Código Tributário Nacional relacionadas e as não relacionadas com o novo direito concursal

Explanadas, mesmo que sucintamente, as principais preocupações do novo direito concursal brasileiro e as intenções do legislador em torná-las compatíveis com a ordem tributária, cumpre-nos agora analisar, uma a uma, as novas disposições do CTN trazidas pela Lei Complementar 118/2005.

Enquanto os seus arts. 1.º e 2.º (mesmo que parcialmente) serviram para fazer os ajustes necessários do Código Tributário Nacional aos comandos da nova legislação concursal, os arts. 3.º e 4.º abordam questões estritamente tributárias (e não deveriam constar da LC ora em comento, pelos motivos já aflorados anteriormente).

Conforme já salientado, a LC 118/2005 não se restringiu em adaptar o CTN ao novo direito concursal brasileiro. Aproveitou para, de forma pouco ortodoxa, alterar outros dispositivos, alguns com objetivo claro e incontestável de aumentar a arrecadação tributária.

Não obstante o desejo incontrolável de, sobre alguns dos novos dispositivos, teceremos severas críticas, com o objetivo de não perdermos o foco desta obra, vamos apenas mencioná-los, expondo, seqüencialmente, brevíssimas considerações.

Art. 1º A Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 133. [...]

“§ 1º O disposto no *caput* deste artigo não se aplica na hipótese de alienação judicial:

“I – em processo de falência;

“II – de filial ou unidade produtiva isolada, em processo de recuperação judicial.

“§ 2º Não se aplica o disposto no § 1º deste artigo quando o adquirente for:

“I – sócio da sociedade falida ou em recuperação judicial, ou sociedade controlada pelo devedor falido ou em recuperação judicial;

“II – parente, em linha reta ou colateral até o 4º (quarto) grau, consangüíneo ou afim, do devedor falido ou em recuperação judicial ou de qualquer de seus sócios; ou

“III – identificado como agente do falido ou do devedor em recuperação judicial com o objetivo de fraudar a sucessão tributária.

“§ 3º Em processo da falência, o produto da alienação judicial de empresa, filial ou unidade produtiva isolada permanecerá em conta de depósito à disposição do juízo de falência pelo prazo de 1 (um) ano, contado da data de alienação, somente podendo ser utilizado para o pagamento de créditos extraconcursais ou de créditos que preferem ao tributário.”

[...]

JOSÉ MARCELO MARTINS PROENÇA

4. Art. 1.º, reforma do art. 133 – Sucessão tributária

O art. 133 do CTN ganhou nova redação com a inclusão de três parágrafos, compatibilizando-o com a Lei 11.101/2005.

A introdução dos §§ 1.º ao 3.º no art. 133 do CTN, que versa sobre a sucessão tributária nos casos de aquisição de fundo de comércio, estabelecimento comercial, industrial ou profissional, trouxe regra excluindo a responsabilidade do sucessor em caso de sucessão decorrente de falência ou de recuperação judicial de empresa.

Uma vez que a Lei 11.101/2005 estabeleceu a possibilidade de filiais e unidades produtivas serem vendidas, nos casos de falência e de recuperação judicial, sem o encargo da sucessão tributária para o adquirente, necessário se fez o estabelecimento desta situação no CTN, haja vista a regra geral em se tratando de sucessão empresarial, estampada no art. 133.³

³ “Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato: I – integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade; II – subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de 6 (seis) meses, a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão (...).”

Assim, pela configuração trazida na Lei 11.101/2005 e, em decorrência de alteração concomitante à sua promulgação, ocorrida no art. 133 do CTN, ficou excluída a responsabilidade tributária dos sucessores (adquirentes) na alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, caso esteja prevista a alienação no plano de recuperação judicial, ou na realização de ativos no processo de falência, na qual não haverá sucessão do arrematante nas obrigações de natureza tributária do devedor.

A matéria, na Lei 11.101/2005, assim se encontra regulada:

“Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado o disposto no art. 142 desta Lei. Parágrafo único. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 1.º do art. 141 desta Lei” (art. 60).

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

Depreende-se do *caput* do art. 133, acima transcrito, que a sucessão tributária caracteriza-se a partir da aquisição, a qualquer título, por pessoa física ou jurídica, de outra pessoa física ou jurídica, de fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, com a continuidade da respectiva atividade sob a mesma ou outra razão social, resultando na responsabilidade dos sucessores pelos tributos relativos ao fundo ou estabelecimento, devidos até a data do ato de aquisição.

Dessa forma, os parágrafos introduzidos ao citado artigo pela LC em comento injetam, no caso da alienação na recuperação judicial, um atrativo para que haja interesse na aquisição de unidades produtivas do devedor, pois não estarão sendo trazidos e incluídos, na aquisição, os débitos tributários, e, além disso, a alienação de unidades produtivas ou filiais permite ser mantida a organização da empresa devedora, com a continuidade das atividades, inclusive no cumprimento do plano de recuperação aprovado.

Caso fosse mantida a sucessão tributária na realização de ativos, os objetivos prescritos pela nova legislação (possibilidade da manutenção das atividades da empresa devedora com geração de recursos e sua recuperação, além da obtenção, em caso de falência, dos melhores e mais altos valores na venda dos ativos, para o pagamento dos credores) dificilmente seriam alcançados, pois a alienação de patrimônio viria acompanhada dos débitos tributários já existentes, conduzindo para a diminuição do valor do negócio em um montante, no mais das vezes, muito maior do que o valor correspondente às obrigações transferidas ao adquirente/arrematante, dada a dificuldade em seu cômputo e o conservadorismo que sempre reina na postura do adquirente, ou mesmo a pronta e intransigente intenção da não aquisição daqueles ativos.

Em caso de empresa que não se encontra em crise econômico-financeira, a regra da sucessão tributária efetivamente constitui uma garantia ao Fisco para a cobrança e recebimento dos tributos. Contudo, a empresa em crise econômico-financeira, além de não poder efetuar o pagamento dos débitos tributários, mantendo-se a sucessão tributária, não consegue transferir seus ativos e, agravando-se a crise, poderá ter a sua falência decretada, com a conseqüente venda dos seus ativos em valores ínfimos (infinitamente

menores do que poderia obter sem a sucessão tributária), não obtendo, assim, recursos para o pagamento dos seus credores, entre estes, também as Fazendas Públicas.

Desta forma, a exclusão da sucessão tributária nas situações apontadas também traz segurança maior para o próprio Fisco, visto que, na realização de ativos, quanto maior for o valor de venda, maior será a garantia de pagamento dos créditos tributários.

Observe-se que o § 1.º exclui da responsabilidade tributária apenas as alienações judiciais feitas nos processos de falência (inc. I) e nas alienações de filiais e unidade produtiva isolada em recuperação judicial, não havendo, assim, a desoneração da responsabilidade tributária em processos de recuperação extrajudicial.⁴ Outrossim, no caso de falência, a exclusão de responsabilidade tributária não se limita tão somente a filiais e unidades de produção, mas a qualquer ativo da massa falida.

Ressalte-se ainda que, com o objetivo de evitar o uso de fraude ou forma abusiva e ilícita nesta oferta legislativa de desoneração de responsabilidade tributária, foi instituído o § 2.º ao art. 133, o qual estabelece que não ocorrerá a exclusão de sucessão tributária caso o adquirente seja: sócio da sociedade falida ou em recuperação judicial, ou sociedade controlada pelo devedor falido ou em recuperação judicial (inc. I); parente, em linha reta ou colateral até o quarto grau, consangüíneo ou afim, do devedor falido ou em recuperação judicial ou de qualquer de seus sócios (inc. II); identificado como agente do falido ou do devedor em recuperação judicial com o objetivo de fraudar a sucessão tributária (inc. III). A mostrar a coerência da nova redação da lei, a redação do § 2.º do art. 133 acrescentado ao CTN é compatível e coerente com a previsão do § 1.º do art. 141 da Lei 11.101/2005.

Por fim, o § 3.º estabelece a regra exclusiva para os processos falimentares, prescrevendo que, em caso de a unidade produtiva, a própria empresa ou a filial sejam vendidas, o produto da venda permanecerá em juízo por 1 ano e somente pode ser utilizado para pagar créditos extraconcursais, definidos no art. 84 da Lei 11.101/2005, ou os que tenham preferência maior que o crédito tributário.

Art. 1º [...]

“Art. 155-A. [...]

“[...]”

“§ 3º Lei específica disporá sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial.”

⁴ Consta do relatório do Senado: “No que tange à recuperação extrajudicial, convém rever o entendimento relativo à exclusão da sucessão tributária na alienação judicial de estabelecimento prevista em plano de recuperação extrajudicial. Na falência, tal medida é salutar e plenamente justificável, pois o valor obtido com a alienação fica à disposição do juízo para pagamento dos credores. Na recuperação judicial, muito embora não haja essa retenção do valor pago pelo adquirente, o fato de esse instituto consistir em um remédio extremo para as dificuldades das empresas, com o grave risco de decretação da falência no caso de não-concessão, bem como o rigoroso controle judicial em todo o processo, diminuem a probabilidade de conduta lesiva ao fisco. Na recuperação extrajudicial, contudo, esses argumentos não sobrevivem, pois a participação do juiz restringe-se à homologação do plano negociado extrajudicialmente e não há conseqüências para a não-aceitação ou para a não-homologação das condições propostas aos credores. Por isso, amplia-se excessivamente a possibilidade de devedores mal-intencionados valerem-se do instituto com o fito exclusivo de promover a venda de estabelecimentos sem sucessão tributária, o que não é o objetivo da nova lei.”

“§ 4º A inexistência da lei específica a que se refere o § 3º deste artigo importa na aplicação das leis gerais de parcelamento do ente da Federação ao devedor em recuperação judicial, não podendo, neste caso, ser o prazo de parcelamento inferior ao concedido pela lei federal específica.”

5. Art. 1.º, inclusão do art. 155-A – Parcelamento de débitos tributários

A LC 118/2005 fez incluir dois novos parágrafos ao art. 155-A do CTN. São eles: § 3.º e § 4.º. A intenção óbvia do legislador foi a de criar um direito próprio de parcelamento para as empresas envolvidas em recuperação judicial, de tal maneira que todos os entes federados ofereçam para elas condições especiais, diferentes das estabelecidas para os demais devedores da Fazenda Pública, sendo que, na ausência de lei estadual, distrital ou municipal, específica para a recuperação judicial, deve ser aplicada a própria lei geral municipal, distrital ou estadual sobre parcelamento, porém obedecido o prazo determinado pela lei específica federal.

A previsão da LC em incluir parágrafos no art. 155-A do CTN decorre da regra constante no art. 68 da Lei 11.101/2005, onde consta que as Fazendas Públicas e o INSS poderão deferir parcelamento de seus créditos, nos termos de legislação específica, em sede de recuperação judicial, de acordo com as disposições do CTN. Assim, o direito ao parcelamento dos débitos tributários poderá ser exercido com base na legislação sobre a matéria já existente ou em outra, criada especificamente para empresas em recuperação judicial.

Ressalte-se, contudo que, em caso de inexistência de lei específica dispendo sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial, dar-se-á possibilidade de aplicação de legislação já existente, mas com a ressalva de que o prazo de parcelamento não poderá ser inferior ao concedido por lei federal específica.

Não é razoável a legislação nesse tópico, por não ser ela de obrigatório cumprimento (até porque prescreve regra específica em caso de os entes tributantes optarem por não conceder condições especiais de parcelamento para as empresas em recuperação judicial); ao contrário, sob a forma de faculdade atribuída às Fazendas Públicas de elaboração de normas específicas de parcelamento em sede de recuperação judicial, não há uma efetiva segurança aos devedores em recuperação judicial de que terão a atenção, comprometimento e esforço também da Fazenda Pública (como ocorre com os demais credores, como se observa da Lei 11.101/2005) para a recuperação da empresa da qual é credora. As regras hoje existentes de parcelamento, onde se exige a dação de garantias, prazos exíguos, inclusão de severas multas etc., não têm permitido às empresas cumprirem, ou até optarem, com e pelo parcelamento, o que nos faz crer que, caso não haja uma mudança de postura da Fazenda Pública, o que poderá ocorrer se efetivamente vier a entender os objetivos e benefícios da Lei 11.101/2005, todo o esforço para salvaguardar as fontes produtivas do País, por meio de novas regras de recuperação de empresas, poderá se tornar inócuo, dado que, em uma parcela considerável dos casos, as crises econômico-financeiras decorrem de problemas com débitos tributários.

Temos para nós, portanto, que regras específicas de parcelamento para as empresas que demonstrem o interesse e reúnam os requisitos para recuperarem-se judicialmente são indispensáveis para a efetividade da Lei 11.101/2005.⁵

Contudo, após mais de um ano de vigência da Lei 11.101/2005, não há nenhuma norma que disponha sobre o parcelamento de débitos tributários para empresas em recuperação, quer no âmbito federal, estadual ou mesmo, até onde nos foi possível pesquisar, municipal.

Existem, é verdade, projetos de lei em discussão no Congresso Nacional, os quais serão objeto de sintética análise:

Projeto de Lei (PLS) 245/2004

Apresentado no Senado Federal pelo Senador Fernando Bezerra, em 24.08.2004, cujo texto e respectiva justificação foram publicados no Diário do Senado Federal em 25.08.2004, esse projeto trata do Parcelamento de débitos tributários, administrados pela Secretaria da Receita Federal, Procuradoria da Fazenda Nacional e INSS, de devedores em recuperação judicial. Nele é possível verificar, mesmo levando em conta a tentativa inegável de trazer novas regras para fazer valer e adaptar-se às disposições relativas à recuperação judicial de empresas, algumas incompatibilidades e a conseqüente necessidade, em caso de intenção da sua aprovação, de ser alterada parte de seus dispositivos.

Substitutivo do PLS 245/2004, de autoria do Senador Tasso Jereissati, aprovado pela CAE – Comissão de Assuntos Econômicos em 12.04.2005.

O Substitutivo representa um retrocesso na discussão relativa à apresentação das certidões negativas, fixando prazo de trinta dias após a juntada do plano aprovado pela Assembleia-Geral de Credores (alteração do caput do art. 57 da Lei 11.101/2005). Não bastasse isso, também pelo Substitutivo, verifica-se a possibilidade de decretação da falência caso não sejam apresentadas as certidões (inclusão do inciso V no art. 73 da Lei 11.101/2005), ou seja, parte desse projeto trata de matéria distinta do parcelamento, pois traz alterações da Lei 11.101/2005 em dispositivos que não têm relação com a referência em seu texto voltada para o parcelamento, portanto, em desacordo com a autorização legal contida no art. 68, e em flagrante violação das disposições da Lei Complementar 95, de 26.02.1998.

PL 5.250/2005, encaminhado pelo Senado Federal (refere-se ao Substitutivo do PLS 245/2004)

Foi apresentado no Plenário da Câmara em 17.05.2005 e criada, em 25.05.2005, Comissão Especial na Câmara para proferir parecer sobre o projeto. Todos os demais projetos sobre o tema, em trâmite na Câmara dos Deputados, estão apensados a este PL 5.250/2005. Dentre todos eles, parece-nos que merece destaque o PL 4.982/2005, pois dispõe na forma mais adequada sobre o tratamento aos devedores que buscarem a recuperação judicial e que necessitem do parcelamento de débitos tributários. Nele constam previsões que combinam melhor com as novas idéias para a recuperação de empresas,

⁵ Quando da redação deste artigo, havia o Projeto de Lei PLS 245/2004, apresentado no Senado Federal pelo Senador Fernando Bezerra, em 24.08.2004, tratando do parcelamento de débitos tributários, administrados pela Secretaria da Receita Federal, Procuradoria da Fazenda Nacional e INSS, de devedores em recuperação judicial. A proposta não era boa e tornou-se ainda pior pelo substituto do Senador Tasso Jereissati. O tempo nos mostrará por onde caminharão as intenções do Fisco...

manifestadas na Lei 11.101/2005. Dentre elas, merecem referência: (a) parcelamento em 120 parcelas; (b) cada parcela não poderá ser inferior a 3% da receita bruta e acrescida de juros correspondentes à *variação mensal da TJLP*; (c) possibilidade de inclusão de débitos do REFIS; (d) extinção dos parcelamentos anteriormente concedidos e admissão da transferência dos saldos para o novo parcelamento etc.

Art. 1º [...]

“Art. 174. [...]

“Parágrafo único. [...]

“I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal;

“[...]”

6. Art. 1.º, reforma do art. 174 – Alteração nas hipóteses de interrupção da prescrição

Restou alterada a redação do inc. I, do parágrafo único, do art. 174 do CTN, que trata das hipóteses de interrupção da prescrição. A nova redação visou a padronizar o CTN com a previsão constante no § 2.º, do art. 8.º, da Lei 6.830/1980, que prevê interromper a prescrição “o despacho do juiz que ordenar a citação”. Referida norma, por contrariar a redação original do art. 174, I, do CTN (ora modificada), já havia sido afastada pela doutrina e jurisprudência pátrias, pois não podia prevalecer a lei ordinária sobre a lei complementar. Nesse sentido:

“Processo civil e tributário – Execução fiscal – Prescrição – Interrupção (art. 174 do CTN e art. 8.º, § 2.º, da LEF). 1. Nas execuções fiscais para cobrança de débitos tributários, só se considera interrompida a prescrição pela citação do executado, nos termos do art. 174 do CTN. 2. Embora esteja previsto na LEF que a interrupção se dá com o só despacho do juiz ordenando a citação, tem prevalência a regra do CTN, porque considerado lei complementar (precedentes do STJ). 3. (...) 4. Recursos especiais conhecidos e improvidos” (STJ, 2.ª T., rel. Min. Eliana Calmon, REsp 603590/RJ, DJ 14.02.2005, p. 170).

Repugnante, assim, ao nosso ver, a alteração trazida pela LC 118/2005, prevendo a interrupção da prescrição por intermédio do despacho do juiz ordenando a citação do devedor, pois o sentido da nova redação, por ser mais desfavorável ao contribuinte, há tempo, já havia sido rebatido.

Art. 1º [...]

“Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa.

“Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita.”

7. Art. 1.º, reforma do art. 185 – Alienação fraudulenta

O art. 185 e seu parágrafo único também ganharam nova redação. A redação anterior do referido artigo previa como fraudulenta a alienação ou oneração de bens realizada

quando da existência de “crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução”.

Diante dessa previsão legal, muito se discutiu na doutrina e na jurisprudência pátrias sobre o marco temporal que caracterizaria ou não a fraude praticada pelo sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública: com a inscrição do débito em dívida ativa ou com ajuizamento da respectiva execução fiscal. A título exemplificativo, cita-se a jurisprudência a seguir:

“Processo civil – Fraude à execução – CPC e CTN – Necessidade de registro da penhora – Efeito *erga omnes*. 1. No CPC três situações podem levar à fraude à execução (art. 593). O CTN, bem mais drástico, estabelece no art. 185 que, se há dívida ativa inscrita, em fase de execução, a alienação de bens, se onerosa, presume-se fraudulenta. 2. Presume-se fraudulenta a alienação de bens de sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública após a citação do devedor no processo de execução, não sendo suficiente a inscrição regular do crédito tributário. 3. Para que se configure a fraude à execução é imprescindível o registro da penhora ou a prova, a cargo do exequente, de que o adquirente tinha conhecimento da existência da ação. Jurisprudência pacificada neste sentido. 4. Recurso especial improvido” (STJ, 2.ª T., rel. Min. Eliana Calmon, REsp 178.016/RS, DJ 01.12.2003, p. 295).

A LC 118/2005, aqui também restringindo direitos dos contribuintes, encerrou a discussão, na medida em que, ao retirar do texto “em fase de execução”, deixa claro que a mera inscrição do débito em dívida ativa já caracteriza como fraude a venda ou oneração de bens após tal inscrição.

No relatório do Senado, a justificativa para a nova redação é a seguinte: “Nesse ponto, o projeto busca antecipar, do momento do início da execução fiscal para o momento em que o crédito fiscal é inscrito em dívida ativa, a presunção de fraude na alienação ou oneração de bens ou rendas do devedor. A alteração acaba sendo uma pequena compensação à Fazenda Pública pela perda de privilégios que se lhe atribuem em outras partes do projeto. Decorre da suposição de que o devedor de má-fé apressa-se a transferir seus bens para terceiros (*laranjas*) tão logo o débito seja inscrito. Em princípio, não há perda significativa de segurança jurídica para o contribuinte, considerando que a inscrição não o toma de surpresa. Antes de chegar a ponto de ver seu débito inscrito em dívida ativa, o contribuinte teve à disposição um longo e completo sistema de contencioso administrativo, ao qual são inerentes vários recursos e até três instâncias administrativas. E, também, o direito constitucional de apelar ao Judiciário. Após isso, confirmado o débito, é normal haver, no âmbito da União e, supostamente, no da maioria dos Estados e Municípios, regras permanentes de parcelamento do débito”.

Art. 1º [...]

“Art. 186. O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho.

“Parágrafo único. Na falência:

“1 – o crédito tributário não prefere aos créditos extraconcursais ou às importâncias passíveis de restituição, nos termos da lei falimentar, nem aos créditos com garantia real, no limite do valor do bem gravado;

“II – a lei poderá estabelecer limites e condições para a preferência dos créditos decorrentes da legislação do trabalho; e

“III – a multa tributária prefere apenas aos créditos subordinados.”

8. Art. 1.º, reforma do art. 186 – Nova classificação dos créditos na falência

A LC 118/2005 modificou a redação do *caput* do art. 186 do CTN, bem como acrescentou-lhe parágrafo único.

A LC 118/2005, além de reafirmar a prevalência dos créditos trabalhistas sobre os créditos tributários (tendo em vista a natureza alimentar daqueles e a histórica proteção dos direitos dos empregados), traz a extensão de tal regra aos créditos decorrentes de acidentes de trabalho. A bem da verdade, tanto a doutrina, como a jurisprudência pátrias, mesmo antes da LC 118/2005, já interpretavam como crédito preferencial os decorrentes de acidente de trabalho frente aos tributários. Nesse sentido:

“Embargos de divergência. Recurso especial. Execução fiscal. Falência posterior à penhora. Massa. Direito ao produto da alienação dos bens. Respeito aos créditos preferenciais (créditos por acidente de trabalho e trabalhistas). Arts. 24, § 1.º, e 102, § 1.º, da Lei de Falências [Dec.-lei 7.661/1945]. Arts. 186 e 187 do CTN. Precedentes”.

“Na hipótese em exame, a falência da executada foi decretada posteriormente à penhora de bens da falida em autos de execução fiscal. Dessa forma, deve-se prosseguir a execução até a alienação dos bens penhorados, quando entrará o produto da alienação para a massa, em respeito aos créditos preferenciais, quais sejam os créditos decorrentes de acidente do trabalho e os trabalhistas (arts. 102, § 1.º, da Lei de Falências [Dec.-lei 7.661/1945], 186 e 187 do CTN).

”Satisfeitos tais créditos preferenciais, a exequente, por ter aparelhado execução fiscal, passará então a ter preferência perante os demais créditos, no que tange ao produto da execução fiscal.

“A Corte Especial consolidou entendimento no sentido de que a falência superveniente do devedor, por si só, não tem o condão de paralisar o processo de execução fiscal, nem de desconstituir a penhora realizada anteriormente à quebra. No entanto, o produto da alienação judicial dos bens penhorados deve ser repassado ao juízo universal da falência para apuração das preferências (REsp 188.148/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 27.05.2002)’ (1.ª T., ADREsp 421.994/RS, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 06.10.2003). ‘Quando diz o Código Tributário Nacional, no art. 187, que a cobrança do crédito tributário não está sujeita a nenhum concurso, há de se entender ‘concurso universal de credores’, porque, se interpretada a regra na sua literalidade, jamais o crédito trabalhista iria se sobrepor ao crédito fiscal e aí estar-se-ia negando vigência ao próprio CTN que, no art. 186, ao dispor que o crédito tributário prefere qualquer outro, ressalva a preferência do crédito trabalhista, situando-o em patamar superior ao crédito fiscal’ (voto-vista proferido pelo Min. João Otávio de Noronha no julgamento do REsp 399.724/RS, de relatoria da Min. Eliana Calmon). Embargos de divergência rejeitados” (1.ª Seção, rel. Min. Franciulli Netto, ERESP 446.035/RS, DJ 19.12.2003, p. 308).

Além disso, não obstante a supremacia do interesse público sobre o privado (que sempre assegurou a preferência do crédito tributário aos demais), o introduzido parágrafo único do art. 186 determina que o crédito tributário não mais terá preferência aos

créditos com garantia real, bem como sobre os créditos extraconcursais (definidos pelo art. 188 do CTN como os “créditos tributários decorrentes de fatos geradores ocorridos no curso do processo de falência”) ou às importâncias passíveis de restituição.

Por fim, estabelece o referido parágrafo único que a multa tributária tem preferência apenas aos créditos subordinados, assegurando a cobrança desta na falência, sendo que, antes da edição da LC 118/2005, por força do disposto na Súmula 565 do Supremo Tribunal Federal, excluía-se do crédito tributário executado o valor relativo à multa moratória, tendo em vista a posição já privilegiada da Fazenda em face dos credores quirografários.

Assim, bastante alterada encontra-se a classificação dos créditos na falência. Em síntese, em aplicação conjunta da Lei 11.101/2005 e da LC 118/2005, na falência, os créditos passam a ser pagos na seguinte ordem:

a) créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores à decretação da falência, até o limite de 5 (cinco) salários mínimos por trabalhador (art. 151), que são pagos com precedência sobre qualquer outro por expressa disposição da Lei de Falências;

b) créditos decorrentes de direito à restituição – que são pagos antes dos demais porque não pertencem à sociedade falida, mas trata-se, como o próprio nome diz, de restituição, devolução ao seu proprietário (art. 149);

c) créditos extraconcursais (art. 149), que correspondem aos chamados encargos da massa, na terminologia do Dec.-lei 7661/1945, que serão pagos obedecendo-se a ordem estabelecida pelo art. 84, a saber: 1. remunerações do administrador judicial e seus auxiliares, e créditos derivados da legislação trabalhista ou decorrente de acidente de trabalho relativos a serviços prestados após a decretação da falência (art. 84, inc. I); 2. quantias fornecidas à massa pelos credores (art. 84, inc. II); 3. despesas com arrecadação, administração, realização do ativo e distribuição do seu produto, bem como custas do processo de falência (art. 84, inc. III); 4. custas judiciais relativas às ações e execuções em que a massa falida tenha sido vencida (art. 84, inc. IV); 5. obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial, nos termos do art. 67, ou após a decretação da falência, e tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência, respeitada a ordem estabelecida no art. 83 (art. 84, inc. V). Após o pagamento dos créditos acima e na respectiva ordem, os pagamentos dos créditos, se houver recursos disponíveis para tanto, serão feitos segundo a classificação prevista no art. 83, efetuando-se o pagamento dos:

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

e) créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado;

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

g) créditos com privilégio especial;

h) créditos com privilégio geral;

i) créditos quirografários;

j) multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as *multas tributárias*;

k) créditos subordinados.

Vê-se, portanto, que a nova redação do CTN em comento nada mais representou senão a sua adaptação às novas regras de preferência de pagamentos estampados na Lei 11.101/2005.

Art. 1º [...]

“Art. 187. A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento.

9. Art. 1.º, reforma do art. 187 – Não sujeição a concurso de credores ou habilitação

A LC 118/2005 alterou a redação do *caput* do art. 187 do CTN, tão somente para adaptá-lo às novas regras da Lei concursal brasileira.

Referido comando, a exemplo do texto anterior e do disposto na Lei 6.830/1980, prescreve a possibilidade de a Fazenda Pública cobrar, de forma independente, seus créditos, sem necessidade de participar de eventual concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento.

Art. 1º [...]

“[...]”

“Art. 188. São extraconcursais os créditos tributários decorrentes de fatos geradores ocorridos no curso do processo de falência.

“[...]”

10. Art. 1.º, reforma do art. 188 – Créditos tributários extraconcursais

ALC 118/2005 alterou também a redação do *caput* do art. 188 do CTN, tão somente para adaptá-lo às novas regras da Lei concursal brasileira, renovando previsão constante na Lei 11.101/2005 sobre a caracterização de créditos extraconcursais.

De fato, a Lei 11.101/2005 elege, em seu art. 84, como créditos extraconcursais as remunerações devidas ao administrador judicial e seus auxiliares, os créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho relativos a serviços prestados após a decretação da falência, as quantias fornecidas à massa pelos credores, as despesas com arrecadação, administração, realização do ativo e distribuição do seu produto, as custas do processo de falência, as custas judiciais relativas às ações e execuções em que a massa falida tenha sido vencida, as obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial ou após a decretação da falência, e *tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência*, respeitada a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei (ou seja, primeiramente são pagos os créditos tributários e, por último, as multas tributárias).

Art. 1º [...]

“Art. 191. A extinção das obrigações do falido requer prova de quitação de todos os tributos.”

11. Art. 1.º, reforma do art. 191 – Extinção das obrigações do falido

A LC 118/2005 alterou a redação do art. 191 do CTN, aqui não só para adaptá-lo às novas regras da Lei concursal brasileira, mas também para excluir da legislação tributária a exigência de prova de quitação dos tributos para o procedimento de recuperação judicial.

Para fins de comparação, lembre-se que o art. 191, em sua redação revogada, previa que não seria concedida concordata nem declarada a extinção das obrigações do falido, sem que o requerente fizesse prova da quitação de todos os tributos relativos à sua atividade mercantil.

Assim, encontra-se isento de dúvidas que, para a declaração da extinção das obrigações do falido (procedimento regulado pelo art. 158 da Lei 11.101/2005), a prova de quitação de todos os tributos é obrigatória, o que normalmente se faz com a apresentação de certidão negativa de débito expedida pelos órgãos competentes, ou outro documento hábil para tanto.

Contudo, para a recuperação judicial, diferentemente do que ocorria com a concordata, desnecessária a comprovação da quitação de todos os tributos, mas, como será demonstrado em linhas a seguir, há a necessidade de demonstração de regularidade fiscal, por meio de todos os tributos pagos, ou com exigibilidade suspensa por qualquer dos meios previstos no CTN.

Art. 2º A Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 185-A e 191-A:

“Art. 185-A. Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial.

“§ 1º A indisponibilidade de que trata o *caput* deste artigo limitar-se-á ao valor total exigível, devendo o juiz determinar o imediato levantamento da indisponibilidade dos bens ou valores que excederem esse limite.

“§ 2º Os órgãos e entidades aos quais se fizer a comunicação de que trata o *caput* deste artigo enviarão imediatamente ao juízo a relação discriminada dos bens e direitos cuja indisponibilidade houverem promovido.”

JOSÉ MARCELO MARTINS PROENÇA

12. Art. 2.º, inclusão do art. 185-A – Execução frustrada do devedor tributário

Além da nova redação ao art. 185, a LC foi ainda capaz de acrescentar o art. 185-A no CTN, também aqui tolhendo direitos dos contribuintes.

Como se percebe com facilidade, esse novo artigo torna possível a decretação da indisponibilidade de bens e direitos do sujeito passivo quando este, devidamente citado em processo de execução fiscal, não apresentar tempestivamente bens à penhora, ou

não forem localizados bens penhoráveis. Aduzida indisponibilidade, contudo, deve se limitar ao valor total do débito, não sendo permitido ao devedor, por qualquer forma, direta ou indiretamente, alienar ou onerar os bens até apuração e liquidação final de suas responsabilidades. Trata-se, como já havíamos salientado anteriormente, de mais uma disposição legal favorável ao Fisco.

Art. 2º [...]

“Art. 191-A. A concessão de recuperação judicial depende da apresentação da prova de quitação de todos os tributos, observado o disposto nos arts. 151, 205 e 206 desta Lei.”

13. Art. 2.º, inclusão do art. 191-A – Prova de quitação de tributos para a recuperação judicial

A LC 118/2005, em seu art. 2.º, criou um outro artigo para o CTN, visando, com clareza solar, adaptá-lo aos termos da Lei 11.101/2005. Trata-se do art. 191-A.

No relatório do Senado, sobre o assunto, pode-se extrair: “Pelo texto hoje vigente, não será concedida concordata nem declarada a extinção das obrigações do falido, sem que o requerente faça prova da quitação de todos os tributos relativos à sua atividade mercantil”. O Substitutivo divide o dispositivo em dois. Com pequeno aperfeiçoamento redacional, o art. 191 mantém a regra para a reabilitação do falido, que é, no particular, a prova de pagamento dos tributos. O art. 191-A, acrescentado, dispõe, sobre exigência para concessão do regime de recuperação judicial, *que deixa de se restringir ao pagamento para admitir o parcelamento e outras formas de suspensão do crédito tributário.*

Diferentemente do que ocorre para a extinção das obrigações do falido, onde se exige, como já afluído, a prova de quitação de todos os tributos, para a concessão do pedido de recuperação judicial exige-se a apresentação de certidões negativas de débito fiscal ou documento hábil emitido pelo órgão competente, *observado o disposto nos arts. 151, 205 e 206 do CTN.*

Para que não sejam levantadas dúvidas sobre o assunto, deve ser lembrado que o art. 151 do CTN, tratando da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, enumera as suas hipóteses em: (a) moratória; (b) depósito do seu montante integral; (c) reclamações e recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo; (d) concessão de medida liminar em mandado de segurança; (e) concessão de medida liminar ou de tutela antecipada em outras espécies de ação judicial; e (f) parcelamento.

Além disso, o art. 206 do CTN, que cuida da conhecida “certidão positiva de débitos fiscais com efeitos de negativa”, prescreve que a certidão de débitos fiscais onde conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa, terá os mesmos efeitos da certidão negativa de débitos, esta regulada pelo art. 205 do CTN.

Assim, diferentemente do que deve ocorrer para a extinção das obrigações do falido, diante da necessidade de observação dos arts. 151, 205 e 206 do CTN, a “existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetuada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa” (onde se incluem todas as hipóteses do art. 151 do CTN), não constituem obstáculo ao deferimento da recuperação judicial.

Nota-se, assim, que a previsão trazida pela LC 118/2005 encontra-se de acordo com os ditames da Lei 11.101/2005.

Essa última Lei, em seu art. 52, II, prevê que o juiz, ao deferir o processamento da recuperação judicial, determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. Trata-se de disposição de importância capital para a efetividade do objetivo do direito concursal em recuperar empresas em crise econômico-financeira, pois permite ao devedor a continuidade do exercício de suas atividades, dispensando a apresentação de qualquer certidão de regularidade fiscal no momento inicial do pedido de sua recuperação judicial.

Em outro momento do processamento desse pedido (após a juntada aos autos do plano de recuperação, aprovado pela Assembléia-Geral de Credores, e decorrido o prazo de 30 dias para que qualquer credor manifeste ao juiz a objeção ao plano), na forma do disposto no art. 57, o devedor deve apresentar certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205 e 206 do CTN, ou seja, a certidão negativa ou a certidão positiva com efeitos de negativa, conforme acima explicitado.

Não há dúvidas que a obrigação da apresentação das certidões de débitos tributários (negativa ou positiva com efeitos de negativa) pode dificultar a recuperação judicial da empresa, e, após todo o procedimento ocorrido até a aprovação do plano de recuperação pela Assembléia-Geral de Credores, poderá tornar sem efeito aquilo que já foi realizado no processamento da recuperação, colocando em risco o objetivo primordial do novo direito concursal em recuperar empresas viáveis, principalmente quando se nota que a quase totalidade das empresas no país detentoras de volumoso passivo têm, entre seus principais credores, o Fisco.

Contudo, a menção feita no art. 57, em relação aos arts. 151, 205 e 206 do CTN (corroborados com o novo art. 191-A do CTN), permitindo a apresentação de certidões positivas com efeito de negativas, flexibiliza a exigência, desde que o Fisco (um dos credores que mais comparecerão nos processos de recuperação, em razão da quase totalidade de empresas em crise-econômica terem débitos fiscais, senão serem eles o seu maior ou único problema), lançando mão do novel § 3.º do art. 155-A, produza normas especiais dispondo sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial, o que não ocorreu até hoje, transcorrido mais de um ano após a vigência da nova norma.

Havendo a produção de normas específicas de parcelamento para empresas em recuperação, pode-se imaginar, pelo menos em tese, que as empresas poderão cumprir os prazos e as condições para obterem o parcelamento do débito tributário e, conseqüentemente, a certidão positiva com efeitos de negativa, levando a cabo o processamento da sua recuperação judicial para, ao final, extinguir os débitos (inclusive fiscais, naquelas condições que permitam a recuperação e sejam *pagáveis*).

Dessa forma, ou seja, com efetivas regras especiais e favoráveis ao parcelamento de débitos tributários para empresas em recuperação judicial, pode-se pensar em efetividade do novo direito concursal brasileiro, com a real recuperação de empresas em crise econômico-financeira, mediante a colaboração dos seus credores (onde deve se incluir o Fisco). Recuperando-se ela, repise-se, estar-se-á dando eficácia ao princípio da função social da empresa, mantendo-se postos de trabalho, auxiliando no desenvolvimento social e econômico da nação, contribuindo ainda com as receitas públicas sob a forma de pagamento, de forma adequada, dos tributos decorrentes de sua atividade.

Caso o Fisco não produza urgentemente normas que sejam sensíveis às condições econômicas das empresas em crise econômico-financeira, a permitir a suspensão da exi-

gibilidade do crédito tributário e obtenção da certidão positiva com efeitos de negativa, todas as novidades, benefícios, criatividade e tecnologia constantes na Lei 11.101/2005, de alta relevância social, estarão em gravíssimo risco, uma vez que, conforme a imprensa noticia reiteradamente, de acordo com as regras atuais de parcelamento, sequer 20% das empresas conseguem cumprir, nos prazos e condições estabelecidas, o parcelamento pactuado. Sem a obtenção e o cumprimento do parcelamento, não haverá certidão positiva com efeitos de negativa e, conseqüentemente, não será deferido o pedido de recuperação judicial.

A bem da verdade, a não concretização da ampla utilização da nova Lei de Falências e de Recuperação, como conjecturavam alguns logo após a sua publicação, decorre, principalmente, da insegurança dentro dos meios empresariais das conseqüências da não obtenção, dentro do prazo legal, da certidão negativa de débitos ou da sua substitutiva.

Além disso, as regras para o requerimento e deferimento do parcelamento deverão ser menos burocráticas. A agilidade no exame do pedido e no seu deferimento deve ser o pilar mestre da legislação a ser produzida, sob pena de não haver tempo hábil para o requerimento e deferimento do parcelamento e a conseqüente expedição da respectiva certidão positiva com efeitos de negativa, para o cumprimento da exigência prevista no art. 57 da Lei 11.101/2005.

Visando sanar a insegurança do dispositivo em referência, a interpretação da Lei 11.101/2005 pelo Poder Judiciário, pelo Ministério Público e pela doutrina tem sido bem direcionada para o reconhecimento do objetivo maior da nova lei, no sentido de propiciar o deferimento da recuperação do devedor sem a apresentação da CND ou substitutiva. Nesse caminho, é importante citar a decisão de concessão da Recuperação Judicial, processo 05.068.090-1, proferida em 02.02.2006.⁶

Merece também citação nesse sentido o Parecer⁷ do Ministério Público do Estado de São Paulo nesses mesmos autos, ao abordar a indevida exigência de certidões negati-

⁶ “O parecer do Ministério Público, elaborado pelo seu d. representante, Dr. Alberto Camiña Moreira, tem seus fundamentos adotados nesta oportunidade, destacando-se a sua conclusão: “Em relação à exigência do art. 57 da Lei 11.101/2005 e art. 191-A do CTN: a) trata-se de sanção política, profligada pela jurisprudência dos tribunais; b) fere o princípio da proporcionalidade, e, por isso, são insubsistentes; c) o descumprimento não acarreta a falência, conseqüência não desejada pela lei; d) a jurisprudência de nossos tribunais, historicamente, desprezou exigências fiscais de empresas em crise econômica, sem que isso represente proibição de cobrança de tributos pelas vias próprias (fl. 5.793)”. (...) Ou seja, o fisco deve atender o princípio constitucional da proporcionalidade e, também, os princípios estabelecidos no art. 47 da Lei 11.101/2005, que, por conseqüência, encontram seu amparo no art. 170 da Constituição Federal.

“Em face de um aspecto pragmático, com a recuperação judicial o fisco tem a chance de receber os tributos devidos; com a falência, a prática demonstra que nada, ou muito pouco, receberá dos seus créditos”.

⁷ “A regra de exigência estabelecida pelo art. 57 não se afeiçoa ao princípio constitucional do devido processo legal substancial, consagrado na cláusula do art. 5.º, LIV, da Constituição Federal. Ou ao princípio da proporcionalidade – relação de adequação entre meio e fim – também agasalhado no mesmo dispositivo.

“(....)

“Na medida em que a própria lei distingue a Fazenda Pública dos outros credores, impedindo a suspensão das execuções fiscais e, por conseqüência, não impedindo a propositura de tais co-

vas de débitos tributários, na forma do art. 57 da Lei 11.101/2005, inclusive invocando princípios constitucionais (devido processo legal e proporcionalidade), que evidenciam a incompatibilidade desta exigência com o cumprimento da recuperação judicial e com a posição privilegiada do Fisco na cobrança do crédito tributário.

Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei.

JOSÉ MARCELO MARTINS PROENÇA

Não bastasse o exposto, a LC 118/2005, em verdadeiro atentado ao direito dos contribuintes, por meio do seu art. 3.º, estabeleceu a forma de interpretação do inc. I, do art. 168, do CTN.

Esse novo artigo visa vincular a interpretação da previsão referente ao prazo prescricional para a propositura da ação de repetição do indébito, matéria essa já pacífica junto ao STJ. Tendo em vista que a matéria pacificou-se favoravelmente ao contribuinte, conhecida como a tese dos “cinco mais cinco”, pretende-se agora, por meio de lei, impor aos tribunais uma interpretação favorável ao governo.

A controvérsia gira em torno do marco inicial para a contagem do prazo prescricional dos tributos cujo lançamento ocorre por homologação, para fins de determinação do prazo prescricional da ação de repetição de indébito tributário. A tese favorável aos contribuintes sustenta que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo prescricional é de cinco anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio, computados desde o termo final do prazo atribuído ao Fisco para homologar o pagamento antecipado, efetuado pelo contribuinte a título do tributo, resultando em um prazo de dez anos (tese dos “cinco mais cinco”). A Fazenda Pública sempre defendeu que a extinção do crédito, para os fins de ação de repetição de indébito, operava-se com o efetivo pagamento do tributo.

O Superior Tribunal de Justiça, ao se manifestar sobre a questão,⁸ após amplíssima discussão, acolheu a tese dos contribuintes de “cinco mais cinco” (EREsp 435835/SC).

brancas, confere-lhe, destarte, privilégio especial já no âmbito dessa Lei 11.101/2005, protege o ente público, que depende de sua própria iniciativa para a cobrança dos tributos.

“(....)”

“Se o art. 57 da Lei 11.101/2005 e 191-A do CTN forem legitimados pela jurisprudência, o Fisco torcerá para que o contribuinte peça recuperação judicial, pois terá de apresentar certidão negativa de tributos, ou melhor, terá de pagar imediatamente os tributos eventualmente devidos.

“Criar obstáculos com o nome de entregar certidões ao juízo é legislar em discrepância de cânones constitucionais consagrados à defesa da cidadania, que engloba e expressa, também, a defesa do contribuinte; especialmente quando se está diante do eterno embate Estado-Sociedade.

“Exigência de certidão, com possibilidade de decretação de falência (e já há requerimento nos autos nesse sentido) em caso de não apresentação, é usar do meio mais gravoso ao contribuinte.

“Como é feita a ressalva de que a Fazenda Pública conta com a execução fiscal, é desnecessária a medida prevista no art. 57” (destaques do original).

⁸ Apesar de idas e vindas em decisões divergentes.

Contudo, repise-se, o governo, com sua conhecida sede de captação de recursos, por via da “mão de gato”, pretende modificar, pela via legislativa, a interpretação consagrada pela jurisprudência pátria, agravando ainda mais a situação do contribuinte, vez que a segurança jurídica, advinda de uma profunda análise do tema pelo Poder Judiciário, é descartada, tolhendo ainda mais o direito de defesa do contribuinte.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional.

Brasília, 9 de fevereiro de 2005; 184º da Independência e 117º da República.

Luiz Inácio Lula da Silva

(DOU 09.02.2005, Edição Extra)

JOSÉ MARCELO MARTINS PROENÇA

Por fim, conforme afluído em nota de rodapé anterior (nota 1), apesar de a LC ter *vacatio legis* de 120 dias, para os fins da questão interpretativa do art. 168 do CTN, pretende-se a aplicação retroativa, nos termos do art. 106, inc. I, do CTN.

A questão também impõe preocupação aos contribuintes, na medida em que se pretende atribuir efeitos *ex tunc* ao dispositivo interpretativo.

Contudo, írrita a nova previsão legal. Os efeitos da nova interpretação do referido art. 168, inc. I, do CTN, não pode ter efeitos retroativos, sob pena de ferir o princípio constitucional da irretroatividade, estabelecido no art. 150, inc. III, *a*, combinado com o art. 5.º, inc. XXXVI, ambos da CF, uma vez que pretender dar nova interpretação a dispositivo cujo sentido já foi traçado pela doutrina e jurisprudência não implica em interpretar, mas significa inovar o ordenamento jurídico. Deveria ainda o legislador não descurar do princípio da separação dos poderes...

BIBLIOGRAFIA

- ABRÃO, Carlos Henrique. Comentário ao art. 86 da Lei 11.101/2005. In: TOLEDO, Paulo Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coords.) *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ABRÃO, Nelson. *Curso de direito falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1980; 4. ed. São Paulo: RT, 1993.
- _____. *O novo direito falimentar*. São Paulo: RT, 1985.
- AGHION, P. Insolvency reform in the UK: a revised proposal. *Insolvency law and practice*. 1995. v. 11.
- ANDRADE, Jorge Pereira. *Manual de falências e concordatas*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1992.
- ALMEIDA, Marcus Elidius Michele de. Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas confrontada e breves anotações. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- ALVARES, Walter T. *Curso de direito falimentar*. 7. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1979.
- ALTEMANI, Renato Lisboa; SILVA, Ricardo Alexandre da Silva. *Manual de verificação e habilitação de créditos na Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- APPROBATO MACHADO, Rubens. Visão geral da nova Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. In: APPROBATO MACHADO, Rubens (coord.). *Comentários à nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- ARMANDO, J. Netto. Irrecorribilidade da decisão homologatória da desistência da concordata preventiva. *Revista dos Tribunais*, n. 366, São Paulo, RT, 1966.
- ASCARELLI, Tullio. A atividade do empresário. Trad. Erasmo Valladão A. e N. França. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro – RDM*, n. 132, São Paulo, Malheiros, 2003.
- _____. *Corso di diritto commerciale*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1962.
- _____. O empresário. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro – RDM*, n. 109, São Paulo, Malheiros, 1998.
- _____. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945.
- ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa. *Rivista del Diritto Commerciale*, v. 41, I, 1943.
- _____. I battelli del Reno. *Rivista delle Società*, 1939.
- ATIYAS, Izak. Bankruptcy policy. In: FRISHTAK, Claudio (org.). *Regulatory policies and reform: a comparative perspective*. Washington, The World Bank, 1995.
- AULETTA, Giuseppe; SALANITRO, Niccolò. *Diritto commerciale*. 13.. ed. Milão: Giuffrè, 2001.
- BACIGALUPO, Enrique. *Curso de derecho penal económico*. Barcelona: Marcial Pons, 1998.

- BAIRD, Douglas. *Game theory and the law*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.
- _____. The hidden virtues of chapter 11: an overview of the law and economics of financially distressed firms. Working Paper n. 43, Chicago Law School, John M. Olin Program in Law & Economics, 1997.
- _____. A world without bankruptcy. *Corporate bankruptcy – Economic and legal perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.
- BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1969; 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Comentários à Lei das S/A*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 2.
- _____; RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina L. Batalha de. *Falências e concordatas*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1999.
- BEBCHUK, Lucian A. Ex ante costs of violating absolute priority in bankruptcy. *The Journal of Finance*, n. 1, v. 57, fev. 2002.
- _____; CHANG, Howard. Bargaining and the division of value in corporate reorganization. *Journal of Law, Economics and Organization*, v. 8, 1992.
- BERGER, Dora. *A insolvência no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 2001.
- BERKOVITCH, E. The design of bankruptcy law: a case for managements bias in bankruptcy reorganizations. *Journal of Finance and Quantitative Analysis*, 1998. v. 33.
- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Entrevista. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; ARAGÃO, Leandro Santos (Coords.) *Direito societário e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- BESSONE, Darcy. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- _____. *Instituições de direito falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- Betinho, Luiz Carlos. Crimes falimentares. In: Franco, Alberto Silva; STOCO, Rui (coords.). *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001. v. 2.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1972.
- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Falências comentada*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.
- _____. *Nova Lei de Recuperação e Falências comentada*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.
- _____. Recuperação de empresa ou recuperação do crédito bancário. *Revista dos Tribunais*, n. 822, São Paulo, RT, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 4. ed. Brasília: UNB, 1994.
- BOLTON, Patrick. Towards a statutory approach to sovereign debt restructuring – Lessons from corporate bankruptcy practice around the world. *International Monetary Fund Staff Papers*, v. 50, Washington, 2003.
- BRONET, Jean Pierre; VAUPLANE, Hubert de. *Droit de la bourse*. Paris: Litec, 1994.
- BULGARELLI, Waldírio. *Contratos mercantis*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- _____. *Problemas de direito empresarial moderno*. São Paulo: RT, 1989.
- _____. A reforma da Lei de Falências e Concordatas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro – RDM*, v. 85, São Paulo, RT, jan.-mar. 1992.

- _____. *Teoria jurídica da empresa: análise jurídica da empresarialidade*. Dissertação de doutorado, São Paulo, USP, 1984.
- _____. *A teoria jurídica da empresa*. São Paulo: RT, 1985.
- BUONACORE, Vincenzo. *L'impresa*. Torino: G. Giappichelli, 2000.
- CAEIRO, Pedro. *Sobre a natureza dos crimes falenciais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- CARNELLUTTI, Francesco. *Teoria generale del diritto*. 3. ed. Roma: Foro Italiano, 1951.
- _____. *Sistema de diritto processuale civile*. Pádua: Cedam, 1936.
- CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito commercial brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1916.
- _____. *Tratado de direito commercial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934. v.8.
- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. Parte especial: do direito de empresa (artigos 1.052 a 1.950). In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 13.
- CASANOVA, Jean François. Role played by risk management and clearing systems in the economy of futures exchanges and ECNs. UNCTAD. Disponível em: <http://r0.unctad.org/infocomm/comm_docs/docs/meetings/bug/bu00casanova.pdf>
- _____. *Sistema di diritto processuale civile*. Pádua: Cedam, 1936. v. 1.
- CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. *Concessão de serviço público*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CHANG, Howard; BEBCHUK, Lucian A. Bargaining and the division of value in corporate reorganization. *Journal of Law, Economics and Organization*, v. 8, 1992.
- CLAESSENS, S.; KLAPPER, L. Bankruptcy around the world – Explanations of its relative use. *The World Bank Development Research Group Finance – Policy Research Working Paper*, n. 2865, jul. 2002. Disponível em: <<http://worldbank.com>>.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *Curso de direito comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 3.
- _____. *Manual de direito comercial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- COFFEE JR., John. Courts has a new idea of directors' duty. *National Law Journal*, mar. 1992.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *Il principio de economia processuale*. Pádua: Cedam, 1982.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: RT, 1970.
- _____. *Comentários às Disposições Transitórias da nova Lei de Sociedades por Ações*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- _____. *Direito empresarial: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

- _____. *Opoder de controle na sociedade anônima*. Dissertação de doutorado, São Paulo, USP, 1975; 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- COSTA, Helena Regina Lobo da; PORTO, Luiz Guilherme Moreira. *Nova Lei de Falências II*. In: Reale, Miguel; Reale Junior, Miguel; Ferrari, Eduardo Reale. *Experiências do direito*. Campinas: Millenium, 2004.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Código Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: DPJ, 2005.
- CRUZ E TUCCI, Jose Rogério. *Tempo e processo*. São Paulo: RT, 1998.
- DAVIS JR., Lewis U.; MCCULLOUGH, Bruce; MCNULTY, Eleanor P.; SCHULER, Ronald W. Corporate Reorganization in the 1990's: Guiding Directors of Troubled Corporations Through Uncertain Territory. *The Business Lawyer*, v. 47, nov./1991.
- DELGADO, Mário Luiz. *Problemas de direito intertemporal no Código Civil: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DELMANTO, Roberto; DELMANTO JR., Roberto; ALMEIDA DELMANTO, Fábio M. de. *Leis penais especiais comentadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DIDONE, Antonio. *Equa riparazione e ragionevole durate del giusto processo*. Milão: Giuffrè, 2002.
- DE LUCCA, Newton. A proteção ao consumidor e o Mercosul. *Revista do Direito do Consumidor*, v. 12, São Paulo, RT, 1994.
- DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*. 2. ed. São Paulo: RT, 1990.
- _____. *A reforma da Reforma*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *Fundamentos do processo civil moderno*, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. t. I.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.
- EHRICKE, Ulrich. *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*. Munique: C. H. Beck, 2001. v. 1.
- ESTRELLA, Hernani. *Curso de direito comercial*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1973.
- FAGUNDES, M. Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1946.
- FARIA, Bento de. *Aplicação e retroatividade da lei*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1934.
- FASSI, Santiago; GEBHARDT, Marcelo. *Concursos y quiebras*. Buenos Aires: Astrea, 2004.
- FAVIER-DUBOIS, Eduardo M. *Concursos y quiebras*. 2. ed. Buenos Aires: Errepar, 2005.
- FAZZIO JR., Waldo. *Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- FERNANDES, Antônio Scarance. *Reação defensiva à imputação*. São Paulo: RT, 2002.
- FERRAZ, Luiz Augusto de Souza Queiroz. Lei 11.101/2005, artigos 189 a 192 das Disposições Finais e Transitórias. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). *Direito falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.
- FERREIRA, Waldemar. *Instituições de direito mercantil*. São Paulo: Saraiva, v. 5.
- _____. *TRATADO DE DIREITO COMERCIAL*. São Paulo: Saraiva, 1966. v. 10, 14 e 15.
- FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. 8. ed. Torino: UTET, 1991. 10. ed., 1996.

- FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Granada: Comares, 2001.
- FERRY, J. The World Bank Legal Global Forum on Insolvency. Working Paper, jan./2003, Disponível em: <www.worldbank.org>.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. Pressupostos do crime e condições objetivas de punibilidade. *Estudos de direito penal e processo penal em homenagem a Nelson Hungria*. Rio de Janeiro: Forense, 1962.
- FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N. *Conflito de interesses nas assembléias de S/A*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- _____. *Invalidade das deliberações de assembléia das S/A*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. Lineamentos da reforma societária do direito italiano em matéria de invalidade das deliberações assembleares. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro – RDM*, n. 134, São Paulo, Malheiros, 2004.
- FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. 21. ed. São Paulo: Nacional, 1986.
- GAGGINI, Fernando Schwarz. *Securitização de recebíveis*. São Paulo: Universitária de Direito, 2003.
- GALGANO, Francesco. *Diritto commerciale: Le società*. 3. ed. Bologna: Zanichelli, 1987.
- _____. *Diritto privato*. 6. ed. Pádua: Cedam, 1990.
- _____. *LEX MERCATORIA. Storia del diritto commerciale*. Bolonha: Universale Paperbacks Il Molino, 2002.
- _____. *Il nuovo diritto societario*. Pádua: Cedam, 2003.
- _____. *Storia del diritto commerciale*. Bologna: Il Molino, 1976.
- GAMBINO. *Il principio di correttezza nell ordinamento delle società per azioni*. Milão: Giuffrè, 1987.
- GARRIGUES, Joaquim. *Problemas atuais das sociedades anônimas*. Porto Alegre: Fabris, Porto Alegre, 1982..
- GEBHARDT, Marcelo; FASSI, Santiago. *Concursos y quiebras*. Buenos Aires: Astrea, 2004.
- GILSON, Stuart C. Management turnover and financial distress. *Journal of Financial Economics*, v. 25(2), 1989.
- _____. Managing default: some evidence on how firms choose between workouts and chapter 11. *Corporate Bankruptcy: economic and legal perspectives*. Cambridge: University Press, 1996
- GOLDSCHMIDT, Levin. *Storia universale del diritto commerciale*. Torino: UTET, 1913.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2001.
- GONÇALVES NETTO, Alfredo de Assis. *Lições de direito societário: S/A*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.
- GORGA, Érica Cristina R. A importância dos contratos a futuro para a economia de mercado. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro – RDM*, n. 112, São Paulo, Malheiros, 1998.

- GOTTSCHALCK, Eric; GOMES, Orlando. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2001.
- GOUVÊA, José Roberto F.; NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GRAU, Eros R. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- GREENSTONE, W.D. The CFTC and government reorganization: preserving regulatory independence. *The Business Lawyer*, n. 1, 1977.
- GUERREIRO, José Alexandre Tavares; TEIXEIRA, Egberto Lacerda. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1979. v. 1.
- GULATI, M.; KLEIN, W.; ZOLTI, E. Connected contracts. *University of California Law Review*, v. 47, San Diego, 2000.
- GUSMÃO, Sady Cardoso de. *Dos crimes em matéria de falência e seu processo*. São Paulo: Alba, 1933.
- GUYON, Yves. *Droit des affaires*. Paris: Economica, 1992.
- HAKIM, Paula Kahan Mandel; PODVAL, Roberto. Aspectos processuais penais da Lei de Falências. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). *Direito falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- HANANDA, Nelson. *Da insolvência e sua prova na ação pauliana*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.
- HANSMANN, H. *The ownership of enterprise*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- _____. KRAAKMAN, R. The end of history for corporate law. *Georgetown Law Journal*, n. 89, 2001.
- HART, Oliver et al. Different approaches to bankruptcy. *Harvard Institute of Economic Research*, Discussion paper n. 1903, Cambridge, set. 2000. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w7921>>.
- _____. A new bankruptcy that uses multiple auctions. *European Economic Review*, v. 41, 1997.
- HENTZ, Luiz Antonio Soares; SIMÃO FILHO, Adalberto. Comentários a artigos. *Comentários à nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências*. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- HEREDIA, Pablo D. *Tratado exegético de derecho concursal*. Buenos Aires: Ábaco, 2000. t. II.
- IBGE. Coordenação de Serviços e Comércio. As micro e pequenas empresas comerciais e de serviços no Brasil: 2001/IBGE. *Estudos e pesquisas. Informação Econômica*. Rio de Janeiro: IBGE, 2003.
- JAEGER, P. G. *L'interesse sociale*. Milão: [s.e], 1964.
- _____. Interesse sociale rivisitato (quarent' anni doppo). *Giurisprudenza Commerciale*, I, 2000.
- JEANTIN, Michel; LE CANNU, Paul. *Droit commercial*. Instruments de paiement et de credite. Entreprises en difficulté. 5. ed. Paris: Dalloz, 1999.

- JENSEN, M.; MECKLING, W. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. *Journal of Financial Economics*, v. 3, 1976.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2006.
- _____. *Teoria geral das concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 2003.
- KELLER, Ulrich. *Insolvenzrecht*, Munique: Beck, 2006.
- KIND, Thomas. *Insolvenzordnung*, 2. ed. Comentários sob a coordenação de Eberhard Braun. Munique: Beck, 2004.
- KLAPPER, L.; CLAESSENS, S. Bankruptcy around the world – Explanations of its relative use. *The World Bank Development Research Group Finance – Policy Research Working Paper*, n. 2865, jul. 2002. Disponível em: <<http://worldbank.com>>.
- KLEIN, W.; ZOLTI, E.; GULATI, M. Connected contracts. *University of California Law Review*, v. 47, San Diego, 2000.
- KOHN, Meir. *Payments and the development of financials in pré-industrial Europe*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=291208>.
- KOSE, John Stuart C.; LANG, Larry. Troubled debt restructurings: an empirical study of private reorganization of firms in default. *Journal of Financial Economics*, v. 26(2), 1990.
- KRAAKMAN, R.; HANSMANN, H. The end of history for corporate law. *Georgetown Law Journal*, n. 89, 2001.
- LACERDA, J. C. Sampaio de. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 3.
- _____. *MANUAL DE DIREITO FALIMENTAR*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961. 6. ed. 1970; 12. ed., 1985.
- LANG, Larry; KOSE, John Stuart C. Troubled debt restructurings: an empirical study of private reorganization of firms in default. *Journal of Financial Economics*, v. 26(2), 1990.
- LA PORTA, Rafael; LOPES-DE-SILANE, Florêncio; SCHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert W. Legal determinants of external finance. *Journal of Finance*, n. 52.
- LEÃES, Luis Gastão Paes de Barros. A disciplina do direito de empresa no novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro – RDM*, v. 128, São Paulo, Malheiros, out.-dez. 2002.
- LE CANNU, Paul; JEANTIN, Michel. *Droit commercial*. Instruments de paiement et de credite. Entreprises en difficulté. 5. ed. Paris: Dalloz, 1999.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. La contestazione dei crediti nel fallimento. *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*. Roma: Foro Italiano, 1931.
- LIPARI, Nicolò. (a cura di). *Trattato di diritto privato*. Pádua: Cedam, 2003. v. 2.
- LISBOA, Roberto Senise. Comentários a artigos. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (coords.). *Comentários à nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- LOBO, Jorge. A crise da empresa: a busca de soluções. *Revista dos Tribunais*, n. 668, São Paulo, RT, 1991.
- _____. *Direito concursal*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

- _____. Direito da crise econômica da empresa. *Revista dos Tribunais*, n. 754, São Paulo, RT, 1998.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. 3. 8. ed. 1996. v. 1.
- LOPES-DE-SILANE, Florêncio; SCHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert W.; LA PORTA, Rafael. Legal determinants of external finance. *Journal of Finance*, n. 52.
- LOPUCKI, L.; WHITFORD, W. Bargaining over equity's share in the bankruptcy of large, publicly held companies. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 139, 1990.
- _____. Corporate governance in the bankruptcy reorganization of large, publicly held companies. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 141, 1993.
- _____. Preemptive cram down. *American Bankruptcy Law Journal*, v. 65, 1991.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. O novo regime do agravo. *Revista dos Advogados*, n. 85, São Paulo, AASP, 2006.
- LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 2003.
- MACHADO, Rubens Approbato (coord.). *Comentários à nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2000.
- MAFFIA, Osvaldo J. *Derecho concursal*. Buenos Aires: Depalma, 1993, t. I.
- MAGALHÃES, Roberto Barcellos de. *Lei das S/A*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.
- MAGGIORE, G. Ragusa; PROVINCIALI, Renzo. *Istituzioni di diritto fallimentare*. Pádua: Cedam, 1988.
- MALOY, Richard. A primer on cramdown – How and why it works. *St. Thomas Law Review*, v. 16, 2003.
- MANDEL, Julio Kahan. *Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas anotada*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MARCONDES MACHADO, Sylvio. *Curso de falências*. São Paulo: USP, 1956.
- _____. *Problemas de direito mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1970.
- _____. *Questões de direito mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- MARKELL, Bruce A. A new perspective on unfair discrimination in Chapter 11. *American Bankruptcy Law Journal*, v. 72, 1998.
- MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 2, t. I.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal (ou teoria da retroatividade das leis)*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946.
- _____. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- MCCULLOUGH, Bruce; MCNULTY, Eleanor P.; SCHULER, Ronald W.; DAVIS Jr., Lewis U.; Corporate Reorganization in the 1990's: Guiding Directors of Troubled Corporations Through Uncertain Territory. *The Business Lawyer*, v. 47, nov. 1991.
- MCNULTY, Eleanor P.; SCHULER, Ronald W.; MCCULLOUGH, Bruce Corporate; DAVIS Jr., Lewis U. Reorganization in the 1990's: Guiding Directors of Troubled Corporations Through Uncertain Territory. *The Business Lawyer*, v. 47, nov./1991.
- MECKLING, W.; JENSEN, M. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. *Journal of Financial Economics*, v. 3, 1976.

- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- MELARÉ, Marcia Regina Machado. A recuperação extrajudicial. In: MACHADO, Rubens Approbato (coord). *Comentários à nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Concessão de serviço público e falência do concessionário. *Revista dos Tribunais*, n. 556, São Paulo: RT, 1982.
- _____. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MELO, José Eduardo Soares de. *Curso de direito tributário*. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2003.
- MENDES DE ALMEIDA JUNIOR, João. *O processo penal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1911.
- NERY JR., Nelson. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS – Teoria geral dos recursos. 4. ed. São Paulo: RT, 1997.
- _____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*. São Paulo: RT, 2006.
- NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JR., Nelson. *Leis civis comentadas*. São Paulo: RT, 2006.
- MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. Comentários a artigos. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsor, 1960. v. 38 3. ed. São Paulo: RT, 1984. 4. ed. São Paulo: Bookseller, 2000.
- MIRETTI, Luiz Antônio Caldeira. Os créditos tributários no processo de recuperação de empresas e falência. In: MACHADO, Rubens Approbato (coord.). *Comentários à nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil – Parte geral*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1; São Paulo: Saraiva, 2003.
- MONTESSORI, Roberto. Il concetto di impresa negli atti di commercio dell'art. 3 Cod. di Com. *Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, (dirigida por Sraffa e Vivante), v. 10, parte I, Milão, Villardi, 1912.
- MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M.; WALD, Arnaldo. *O direito de parceria e a nova Lei de Concessões*. São Paulo: RT, 1996.
- MOREIRA, Alberto Camiña. Poderes da assembleia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). *Direito falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- MUNHOZ, Eduardo S. *Empresa contemporânea e direito societário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3.
- NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

- NERY JR., Nelson. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS – Teoria geral dos recursos. 4. ed. São Paulo: RT, 1997.
- _____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado e legislação extravagante*, 2. ed. São Paulo: RT, 2003.
- _____; _____. *Leis civis comentadas*. São Paulo: RT, 2006.
- NIGRO, Alessandro. *Il fallimento del socio illimitatamente responsabile*. Milão: Giuffrè, 1974.
- NOGUEIRA, Ricardo José Negrão. Recuperação judicial. In: SANTOS, Paulo Penalva (Coord.). *A nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas – Lei 11.101/2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- OGUS, A. Rethinking self-regulation. *A reader on regulation*. New York: Oxford University Press, 1998.
- OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Comentários à nova Lei de Falências*. São Paulo: IOB Thompson, 2005.
- PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971; 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001; 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004; 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência*, Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- PAILLUSSEAU, J. *Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté*. Études offertes à Roger Houin. Paris: Dalloz, 1985.
- PAIVA, Luiz Fernando Valente de. Da recuperação extrajudicial. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). *Direito falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- PAJARDI, Piero. *Manuale di diritto falimentare*. Milão: Giuffrè, 1993.
- PEDREIRA, José Luiz Bulhões (colab. Alfredo Lamy Filho). Deliberação dos sócios quotistas de transformar Ltda. em S/A.: a Lei das S/A. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- PEIXOTO, Carlos Fungêncio da Cunha. *Sociedades por ações*. São Paulo: Saraiva, 1972, v. 3.
- PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Aumentos de capital das sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- _____. *Consórcios de empresas*. São Paulo: Pioneira, 1979.
- _____. *Dissolução e liquidação de sociedades*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas*. In: Jorge Lobo (coord.), Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- _____. As sociedades de economia mista e as empresas estatais perante a Constituição de 1988. *Revista de Informação Legislativa*, v. 102, Brasília, Senado Federal, 1989; *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro – RDM*, v. 73, São Paulo, Malheiros, 1989.
- _____ et al. *Títulos de crédito: teoria geral e títulos atípicos em face do novo Código Civil – títulos de crédito eletrônicos*. São Paulo: Walmar, 2004.
- PENTEADO JÚNIOR, Cássio Martins. A securitização de recebíveis de créditos gerados em operações de bancos. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro – RDM*, v. 111, São Paulo, Malheiros, 1998.

- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *Introducción al derecho penal económico*.
- PERIN JUNIOR, Ecio. O administrador e o comitê de credores. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). *Direito falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. *Legislação especial*. São Paulo: RT, 1972.
- PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Inquérito policial: sua força e efeito*. Belém: Cejup, 1987.
- _____. *Supressão parcial do inquérito policial*. In: PITOMBO, Antonio Sérgio Altieri de Moraes (org.). *Juizados Especiais Criminais: interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- Pitombo, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. Contribuição ao estudo dos crimes falimentares. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). *Direito falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- _____. Velhos fantasmas. *Boletim do IBCrim*, n. 148, São Paulo, mar. 2005.
- PODVAL, Roberto; HAKIM, Paula Kahan Mandel. Aspectos processuais penais da Lei de Falências. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). *Direito falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- PONT, Manuel Broseta. *La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el derecho mercantil*. Madri: Tecnos, 1965.
- PORTO, Luiz Guilherme Moreira; COSTA, Helena Regina Lobo da. Nova Lei de Falências II. In: Reale, Miguel; Reale Junior, Miguel; Ferrari, Eduardo Reale (coord.). *Experiências do direito*. Campinas: Millenium, 2004.
- PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997.
- PROVINCIALI, Renzo; MAGGIORE, G. Ragusa. *Istituzioni di diritto fallimentare*. Pádua: Cedam, 1988.
- RAMALHO, Rubens. *Curso teórico e prático de falência e concordata*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- RÁO, Vicente. O DIREITO E A VIDA DOS DIREITOS. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. 1, t. I.
- RATHENAU, W. La realtà della società per azioni – Riflessione suggerite dall' esperienza degli affari. *Rivista delle Società*, ano V, fasc. 4-5, jul.-out. 1960.
- Reale Junior, Miguel. *Parte geral do Código Penal: nova interpretação*. São Paulo: RT, 1988.
- _____. *Teoria do delito*. São Paulo: RT, 1998.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. 14. ed. 1991; 17. ed. 1998. 13. ed., 1992.
- REVISTA DOS TRIBUNAIS (Equipe Editorial). *Nova Lei de Falências – Estudo comparativo com o Dec.-lei 7.661/1945 e legislação correlata*. São Paulo: RT, 2005.
- REYES ECHANDÍA, Afonso. *Derecho penal*. 11. ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1994.
- RIPERT, Georges; ROBLOT, René. *Traité de droit commercial*. 12. ed. Paris: LGDJ, 1990. v. 2.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense.
- ROBLOT, René; RIPERT, Georges. *Traité de droit commercial*. 12. ed. Paris: LGDJ, 1990. t. 2.

- RODRIGUES, Frederico Viana. *Insolvência bancária: liquidação extrajudicial e falência*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva.
- RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina L. Batalha de; BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Falências e concordatas*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1999.
- ROE, Mark J. Bankruptcy and debt: a new model for corporate reorganization. *Columbia Law Review*, v. 527, New York, 1983
- _____. *Corporate reorganization and bankruptcy*. New York: Foundation Press, 2000.
- ROMANO, Santi. *Frammenti di un dizionario giuridico*. Milão: Giuffrè, 1947.
- RUIZ, Arangio. *Instituciones de derecho romano*. Madri: Depalma, 1986.
- RUIZ, Emilio Díaz. El regimen de garantias em MEFF. *Productos financieros derivados y mercados organizados*. Madrid: Civitas, 1997.
- SAAD, Marta. O direito de defesa no inquérito policial. São Paulo: RT, 2004.
- SADDI, Jairo. O comitê e a assembléia de credores na nova lei falimentar. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). *Direito falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- _____. Suspensão e invalidação da assembléia de credores na nova Lei de Falências. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; ARAGÃO, Leandro Santos (coords.) *Direito societário e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- SALANITRO, Niccolò; AULETTA, Giuseppe. *Diritto commerciale*. 13. ed., Milão: Giuffrè, 2001.
- SALLES, José Carlos de Moraes. *Ação renovatória de locação empresarial*. São Paulo: RT, 1994.
- SALOMÃO, Eduardo. *Direito bancário*. São Paulo: Atlas, 2005.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. Interesse social: concepção clássica e moderna. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 1998. 2. ed. 2002.
- _____. Sociedade anônima: interesse público e privado. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 127, jul.-set. 2002.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva. v. 2.
- SCHIMIDT, Karsten. DIREITO SOCIETÁRIO (Gesellschaftsrecht). 4. ed. Colônia, Berlim, Bonn e Munique: Carl Heymanns, 1992.
- SCHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert W.; LA PORTA, Rafael; LOPES-DE-SILANE, Florêncio. Legal determinants of external finance. *Journal of Finance*, n. 52.
- SCHULER, Ronald W.; DAVIS Jr., Lewis U.; McCULLOUGH, Bruce; McNULTY, Eleanor P. Corporate Reorganization in the 1990's: Guiding Directors of Troubled Corporations Through Uncertain Territory. *The Business Lawyer*, v. 47, nov./1991.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. *Do recurso adesivo no processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 1977.

- SILVA, Ricardo Alexandre da Silva; ALTEMANI, Renato Lisboa. *Manual de verificação e habilitação de créditos na Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. As disposições penais na Lei de Recuperação de Empresas e Falência: crimes em espécie e procedimento. In: MACHADO, Rubens Approbato. *Comentários à nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- SIMÃO FILHO, Adalberto; HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Comentários à nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências*. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- SOUZA, Ruy de. *O direito das empresas*. Atualização do direito comercial. Belo Horizonte: Livraria Bernardo Alves, 1959.
- SOUZA JR., Francisco Satiro de. *Regime jurídico das opções negociadas em bolsas de valores*. Dissertação de doutorado, São Paulo, USP, 2002.
- Stevenson, Oscar. *Do crime falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1939.
- STURZENEGGER, Luiz Carlos. Doutrina do patrimônio de afetação e o novo sistema de pagamentos brasileiro. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, v. 11, São Paulo, RT, 2001.
- SZTAJN, Rachel. Comentários. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. Conceito de liquidez na disciplina do mercado de valores mobiliários. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro – RDM*, v. 126, São Paulo, Malheiros, 2002.
- _____. *Teoria jurídica da empresa – Atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004.
- TABB, Charles Jordan. *The law of bankruptcy*. New York: The Foundation Press, 1997.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- TAVARES PAES, P.R. *Curso de falências e concordatas*. São Paulo: Lejus, 1998.
- TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1979, v. 1.
- TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*. Coimbra: Coimbra Ed., 1965.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.
- Toledo, Francisco de Assis. *Princípios de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. 4. ed. 1991.
- TOLEDO, Paulo F Campos Salles de. *A empresa em crise no direito francês e americano*. Dissertação de mestrado, São Paulo, USP, 1987.
- _____. Comentário. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. Comentário ao art. 24 da Lei 11.101/2005. In: Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *O Conselho de Administração na sociedade anônima*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 2.
- TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. Pádua: Cedam, 1983.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: RT, 2002.
- TZIRULNIK, Luiz. *Intervenção e liquidação extrajudicial das instituições financeiras*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.
- UCKMAR, Victor. *Princípios comuns de direito constitucional tributário*. 2. ed. Trad. Marco Aurélio Greco. São Paulo: Malheiros, 1999.
- UHLENBRUCK, Wilhelm. *Insolvenzordnung*. 12. ed. Munique: Franz Wahlen, 2003.
- VALLADÃO, Haroldo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1974. v. 13.
- VALLE, Javier. Una experiencia comparada reciente: la ley concursal española. *Mobiliários. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro – RDM*, v. 134, São Paulo, Malheiros, 2004.
- VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. 1, 2 e 3.. 3. ed. 1962. 4. ed. 1999, v. 1 e 2.
- _____. *Sociedades por ações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 2.
- VAUPLANE, Hubert de; BRONET, Jean Pierre. *Droit de la bourse*. Paris: Litec, 1994.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, v. 2.
- VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 1.
- _____. Das pessoas sujeitas e não sujeitas aos regimes de recuperação de empresas e ao da falência. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). *Direito falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- VISHNY, Robert W.; LA PORTA, Rafael; LA PORTA, Rafael; LOPES-DE-SILANE, Florêncio; SCHLEIFER, Andrei. Legal determinants of external finance. *Journal of Finance*, n. 52.
- VIVANTE, Cesare. *Istituzioni di diritto commercial*. 7. ed. Milão: Ulrico Hoepli Editore-Libraio Della Real Casa, 1906.
- _____. *Tratatto di diritto commerciale*. 5. ed. Milão: Dottor Francesco Vallardi, 1922. v. 1.
- XAVIER, Vasco da Gama Lobo. *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*. Coimbra: Atlântida.
- WALD, Alexandre de M.; WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de. *O direito de parceria e a nova Lei de Concessões*. São Paulo: RT, 1996.
- WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. *O direito de parceria e a nova Lei de Concessões*. São Paulo: RT, 1996.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006.
- WHITFORD, W.; LoPUCKI, L. Bargaining over equity's share in the bankruptcy of large, publicly held companies. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 139, 1990.
- WIEDEMANN, Herbert. *Direito societário (Gesellschaftsrecht)*. Munique: C. H. Beck, 1980. v. 1.
- ZOLTI, E.; GULATI, M.; KLEIN, W. Connected contracts. *University of California Law Review*, v. 47, San Diego, 2000.

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

A

ABANDONO

- de estabelecimento; pelo devedor; caracterização da falência: art. 94, III, *f*

AÇÃO(ÕES)

- contra o falido; suspensão pela sentença que decretar a falência: art. 99, V
- de responsabilização: art. 82
- de responsabilização; prescrição: art. 82, § 1º
- de responsabilização; indisponibilidade dos bens particulares: art. 82, § 2º
- distribuição por dependência: art. 78, parágrafo único
- prosseguimento com o administrador judicial: art. 76, parágrafo único

AÇÃO REVOCATÓRIA

- atos prejudiciais aos credores: art. 130
- da sentença cabe apelação: art. 135, parágrafo único
- juízo competente: art. 134
- legitimidade ativa: art. 132
- legitimidade passiva: art. 133
- procedimento ordinário: art. 134
- sentença; retorno dos bens à massa falida; perdas e danos: art. 135
- *status quo ante*: art. 136

ACIONISTA

- do devedor; pode requerer falência: art. 97, III

ADJUDICAÇÃO

- dos bens arrecadados; credores: art. 111

ADMINISTRADOR(ES)

- qualificação deve constar do termo de compromisso: art. 104, I, *b*
- representação da sociedade na falência: art. 81, § 2º
- representação da sociedade na falência; direitos e obrigações: art. 81, § 2º

ADMINISTRADOR JUDICIAL

- afastamento: art. 37 § 1º
- compromisso; remoção dos bens arrecadados: art. 112
- destituição: art. 23, parágrafo único
- deveres: art. 18
- guarda dos bens arrecadados: art. 108, § 1º
- nomeação: art. 21
- nomeação feita na sentença que decreta a falência: art. 99, IX
- nomeação de substituto: art. 23, parágrafo único
- perda do direito à remuneração: art. 24, §§ 3º e 4º
- prosseguimento nas ações: art. 76, parágrafo único
- qualificação profissional preferencial: art. 21
- relatório conterá valores eventualmente recebidos no mês vencido: art. 148
- remuneração proporcional: art. 24, § 3º
- tempestividade do pedido de alteração da relação de credores: art. 19
- valor da remuneração: art. 24

AERONAVES

- em caso de decretação da falência da empresa prevalecem os direitos de propriedade sobre a coisa relativos aos contratos mencionados no § 1º: art. 199, § 3º
- não suspensão do exercício de direitos derivados de contratos de locação, de arrendamento mercantil ou de qualquer outra modalidade de arrendamento de aeronaves ou de suas partes: art. 199, § 1º
- não sujeição dos créditos decorrentes dos contratos mencionados aos efeitos da recuperação judicial ou extrajudicial: art. 199, § 2º
- podem requerer recuperação judicial ou extrajudicial nos termos desta Lei: art. 199

AFASTAMENTO

- do devedor de suas atividades: art. 75, *caput*

AGRAVO

- cabimento em caso de decisão judicial sobre impugnação: art. 17
- contra a decisão que conceder a recuperação judicial: art. 59, § 2º
- da decisão que decreta a falência: art. 100
- efeito suspensivo: art. 17, parágrafo único
- recebimento: art. 17, parágrafo único

ALIENAÇÃO

- em bloco; valor de avaliação do bem individualmente considerado: art. 83, § 1º
- de parte ou da totalidade do ativo: art. 94, II, *b*

ALIENAÇÃO DOS BENS

- individualmente considerados: art. 140, IV
- ordem de preferência: art. 140, *caput*
- venda de estabelecimentos em bloco: art. 140, I
- venda de filiais ou unidades isoladas: art. 140, II
- determinados bens; operação rentável da unidade de produção; transferência de contratos específicos: art. 140, § 3º

ALIENAÇÃO JUDICIAL DO ATIVO

- impugnações: art. 143
- impugnações – decisão: art. 143
- impugnações; legitimados: art. 143
- impugnações; prazo: art. 143
- intimação do Ministério Público: art. 142, § 7º
- leilão: art. 142, I
- modalidades: art. 142
- outras modalidades: art. 142, II e III
- outras modalidades – homologação – aprovação da assembléia – necessidade: art. 145
- pregão: art. 142, III
- propostas fechadas: art. 142, II
- publicação: art. 142, § 1º

ALUGUEL

- de bens da massa falida: art. 114

ANOTAÇÃO

- da falência no registro do devedor: art. 99, VIII
- no registro do falido do fim do período de inabilitação: art. 102, parágrafo único

APELAÇÃO

- pedido de restituição: art. 90, *caput*
- sem efeito suspensivo; pedido de restituição: art. 90, *caput*

- sentença que julga improcedente o pedido de falência: art. 100

APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA

- do CPC: art. 189
- de outras leis: art. 197

AQUISIÇÃO

- dos bens arrecadados; credores: art. 111

ARRECADADO DOS BENS

- acompanhamento pelo falido: art. 108, § 2º
- auto de arrecadação: art. 22, III, *f*; art. 110
- na falência: art. 22, III, *f*

ARREMATANTE

- inexistência de sucessão nas obrigações do devedor – objeto de alienação – massa – bens livres de ônus: art. 141, II
- inexistência de sucessão nas obrigações do devedor – não responde por obrigações trabalhistas decorrentes de contrato anterior à arrematação: art. 141, § 2º

ASSEMBLÉIA-GERAL DE CREDORES

- convocação: art. 36
- convocação; para a constituição de Comitê de Credores: art. 99, XII
- conteúdo da ata: art. 37, § 7º
- direito a voto nas deliberações: art. 10, § 1º
- presidida pelo administrador judicial: art. 37
- quórum para a convocação: art. 36, § 2º
- quórum para instalação: art. 37, § 2º
- lavratura da ata: art. 37, § 7º
- lista de presença: art. 37, § 3º
- manutenção das deliberações da assembléia-geral após exclusão, retificação ou reclassificação dos créditos por decisão judicial posterior: art. 39, § 2º

ATIVO

- alienação de parte ou da totalidade: art. 94, II, *b*
- relação dos bens e direitos que o compõem; falência requerida pelo devedor: art. 105, III

AVALIAÇÃO

- acompanhamento pelo falido: art. 108, § 2º
- de bem objeto de garantia real: art. 108, § 5º
- valor; bem individualmente considerado; alienação em bloco: art. 83, § 1º

B**BALANÇO**

- patrimonial: art. 105, I, *a*

BENS

- *Vide* também ALIENAÇÃO
- alienação do ativo permanente: 27, II, c
- arrecadados; guarda; administrador judicial: art. 108, § 1º
- arrecadados; compromisso; administrador judicial; remoção: art. 112
- de conservação arriscada ou dispendiosa: art. 113
- deterioráveis: art. 113
- entrega; dever do falido: art. 104, V
- imóveis; exibição das certidões de registro: art. 110, § 4º
- impenhoráveis: art. 108, § 4º
- individualmente considerado; valor de avaliação; alienação em bloco: art. 83, § 1º
- insuficientes para solver o passivo: art. 94, III, c
- massa falida; aluguel ou celebração de outro contrato: art. 114
- móveis e imóveis fora do estabelecimento; declaração no termo de comparecimento: art. 104, I, e
- objeto de garantia real; avaliação: art. 108, § 5º
- particulares; indisponibilidade; ação de responsabilização; art. 82, § 2º
- perda do direito de administrar ou dispor: art. 103, *caput*
- perecíveis: art. 113
- sujeitos à considerável desvalorização: art. 113
- utilização produtiva: art. 75, *caput*

C**CÂMBIO**

- contrato; para exportação; restituição em dinheiro: art. 86, II
- do dia da decisão judicial; conversão: art. 77

CITAÇÃO

- do devedor faz surgir a obrigação de comunicação ao juízo da falência ou da recuperação judicial: art. 6º, § 6º, II

CLASSIFICAÇÃO DOS CRÉDITOS

- com garantia real até o valor do bem gravado: art. 83, II
- derivados da legislação do trabalho: art. 83, I

CLÁUSULA PENAL

- contratos unilaterais: art. 83, § 3º

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

- procedimento ordinário: art. 82, *caput*

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

- parcelamento do débito: art. 6º, § 7º

COISA

- vendida a crédito; restituição: art. 85, parágrafo único
- que não existe; restituição em dinheiro: art. 86, I

COMITÊ DE CREDORES

- atribuições: art. 27
- constituição: art. 26
- constituição; convocação da assembléia-geral de credores: art. 99, XII
- composição: art. 26
- decisões em caso de impasse: art. 27, § 2º
- fiscalização do administrador judicial: art. 22
- impugnação contra a relação de credores: art. 8º
- número de integrantes: art. 26, § 1º
- oitiva em caso de transação de obrigações e direitos da massa falida: art. 22, § 3º
- presidente: art. 26, § 3º
- quórum das decisões: art. 27, § 1º
- tempestividade do pedido de alteração da relação de credores: art. 19

COMPETÊNCIA

- para decretar a falência: art. 3º
- para deferir a recuperação judicial: art. 3º
- para homologar a recuperação extrajudicial: art. 3º

CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS

- decretação da falência; extinção da concessão: art. 195

CONCORDATA

- pedido anterior à Lei não obsta pedido de recuperação: art. 192, § 2º
- proibidos estão obstados a pedir recuperação judicial ou extrajudicial: arts. 198 e 199
- será extinta pela concessão de pedido de recuperação: art. 192, § 3º

CONDOMÍNIO

- indivisível: art. 123, § 2º

CÔNJUGE

- sobrevivente; pode requerer falência: art. 97, II

CONLUIO FRAUDULENTO: art. 130**CONSENTIMENTO**

- dos credores; necessário para a transferência de estabelecimento: art. 94, III, *c*

CONSÓRCIOS

- esta lei não se aplica: art. 2º, II

CONTESTAÇÃO

- da impugnação do crédito: art. 11
- falência dos sócios ilimitadamente responsáveis: art. 81

COOBRIGADOS

- garantantes: art. 127, § 4º
- solidários: art. 127
- solventes: art. 128

COOPERATIVA DE CRÉDITO

- esta Lei não se aplica: art. 2º

CONTRATO(S)

- aluguel ou celebração de outro contrato; bens da massa falida: art. 114
- bilaterais; não se resolvem pela falência: art. 117
- de câmbio para exportação; restituição em dinheiro: art. 86, II
- interpelação do administrador judicial sobre o cumprimento art. 117, § 1º
- não pode importar disposição total ou parcial dos bens: art. 114, § 1º
- de locação; falência do locador não o resolve: art. 119, VII
- possibilidade de sua denúncia; falência do locatário: art. 119, VII
- referente a bens da massa falida; rescisão: art. 114, § 2º
- revogação ou ineficácia; restituição em dinheiro: art. 86, III
- unilaterais; cláusulas penais: art. 83, § 3º
- unilateral; cumprimento: art. 118

COTISTA

- do devedor; pode requerer falência: art. 97, III

CRÉDITO

- acordo para compensação e liquidação: art. 119, VIII
- apuração: art. 6º, § 2º
- atualização do valor: art. 9º, II
- ausência: art. 8º
- classificação: arts. 7º, 9, II; 83; 84

- conversão em moeda estrangeira para a moeda do País: art. 77
- derivados da relação de trabalho; valor de recebimento preferencial limitado: art. 83, I
- divergência: art. 7º, § 1º
- exclusão: art. 6º, § 2º
- habilitação: arts. 6º, § 2º; 7º, § 2º; 9º
- habilitação retardatária: art. 10
- importância: art. 7º
- impugnação: art. 8º
- inclusão: art. 10, § 6º
- legitimidade: art. 7º
- modificação: art. 6º, § 2º
- origem: art. 9º, II
- verificação: art. 7º

CREDORES

- apresentação ao administrador judicial das habilitações ou divergências quanto aos créditos relacionados: art. 7º, § 1º
- aquisição ou adjudicação dos bens arrecadados: art. 111
- assembleia-geral: arts. 35 a 46
- consentimento; necessário para a transferência de estabelecimento: art. 94, III, *c*
- de coobrigados solidários; direito de concorrer pela totalidade do crédito: art. 127, *caput*
- endereço para comunicação de qualquer ato processual: art. 9º, I
- intimação após impugnação dos respectivos créditos: art. 10
- litisconsórcio; possibilidade: art. 94, § 1º
- nome: art. 9º, I
- particulares de sócio solidário: art. 6º
- que não tiver domicílio no Brasil; caução—art. 97, § 2º
- representação por procuração: art. 37, § 4º
- sujeição de todos à falência: art. 115

CUSTAS JUDICIAIS

- créditos retardatários estão sujeitos ao pagamento: art. 10, § 3º
- decorrentes de litígio com o devedor: art. 5º

D**DEBÊNTURES**

- juros: art. 124, parágrafo único

DÉBITO FISCAL

- parcelamento: art. 6º, § 7º

DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA

- interrupção da prescrição: art. 182, parágrafo único

DEPÓSITO

- do valor correspondente ao total do crédito; não será decretada falência: art. 98, parágrafo único
- dos livros obrigatórios em cartório; dever: art. 104, II

DESOBEDIÊNCIA

- intimação sob pena de: art. 22, § 2º

DESPESAS

- com a convocação: art. 36 § 3º
- que os credores fizerem para tomar parte na recuperação judicial ou na falência: art. 5º

DEVEDOR

- abandono de estabelecimento; caracterização da falência: art. 94, III, *f*
- afastamento de suas atividades: art. 75, *caput*
- coobrigados solventes: art. 128
- empresário e sociedade empresária: art. 1º
- extensão do conceito aos sócios ilimitadamente responsáveis: art. 190
- garantantes: art. 128
- pode requerer falência: art. 97, I
- prova da condição de empresário; pedido de falência pelo devedor: art. 105, IV
- que não nomeia bens à penhora: art. 94, II
- que realiza negócio simulado: art. 94, III, *b*
- que se ausenta sem deixar representante habilitado: art. 94, III, *f*
- que tenta ocultar-se: art. 94, III, *f*
- que transfere estabelecimento a terceiro: art. 94, III, *c*
- vencimento antecipado das dívidas: art. 77

DEVERES

- descumprimento pelo falido; crime de desobediência: art. 104, parágrafo único
- do falido: art. 104

DIREITO(S)

- de administrar ou dispor dos bens; perda: art. 103, *caput*
- de preferência na compra: art. 114, § 1º
- de retenção; créditos com privilégio especial: art. 83, IV, *c*
- de retenção; suspensão: art. 116, I

- de retirada ou de recebimento do valor das quotas ou ações: art. 116, II
- de sócio; valores não oponíveis à massa: art. 83, § 2º
- do falido: art. 103, parágrafo único
- dos administradores; representação da sociedade na falência: art. 81, § 2º
- regressivo; massas coobrigadas: art. 127, § 2º

DIREITO DE ELEIÇÃO

- concessão aos credores na recuperação judicial: art. 50 V

DISPOSIÇÕES PENAIS

- aquisição, recebimento ou uso ilegal de bens: art. 174
- contabilidade paralela: art. 168, § 2º
- contabilidade paralela: concurso de pessoas: art. 168, § 3º
- contabilidade paralela: redução ou substituição da pena: art. 168, § 4º
- desvio, ocultação ou apropriação de bens: art. 173
- divulgação de informações falsas: art. 170
- exercício ilegal de atividade: art. 176
- favorecimento de credores: art. 172
- fraude a credores: art. 168
- fraude a credores: aumento de pena: art. 168, § 1º
- habilitação ilegal de crédito: art. 174
- indução a erro: art. 171
- omissão dos documentos contábeis obrigatórios: art. 178
- prescrição dos crimes: regência do Código Penal: art. 182
- violação de impedimento: art. 177
- violação de sigilo empresarial: art. 169

DÍVIDAS

- compensação: art. 122, *caput*
- vencimento antecipado: art. 77

DOCUMENTOS

- comerciais para a verificação dos créditos: art. 7º
- fiscais: art. 7º
- juntada: arts. 22, II, *c*; 22, III, *p*; 57
- originais ou cópias autenticadas: art. 9º, parágrafo único

DOLO

- no requerimento da falência; indenização do devedor: art. 101, *caput*

- no requerimento da falência; indenização do terceiro prejudicado; ação própria: art. 101, § 2º

DOMICÍLIO

- devedor que tenta ocultar-se; caracterização da falência: art. 94, III, *f*
- endereço completo; termo de comparecimento: art. 104, I

E

EDITAL

- convocação da Assembléia-geral de credores: art. 36
- informações que deve conter o edital do art. 36: art. 36
- publicação após pedido de recuperação judicial: art. 7º
- homologação de plano da recuperação extrajudicial: art. 164

EMBARGOS

- de terceiro: art. 93

EMPRESA FILIAL

- com sede fora do Brasil: art. 3º

EMPRESA PÚBLICA

- esta Lei não se aplica: art. 2º, I

EMPRESÁRIO

- condição; prova para o pedido de falência pelo devedor: art. 105, IV
- devedor: art. 1º

ENCERRAMENTO DA FALÊNCIA

- extinção das obrigações do falido: art. 154
- prestação de contas: art. 155
- relatório final: art. 156

ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

- esta Lei não se aplica: art. 2º, II

ENTIDADES EQUIPARADAS

- esta Lei não se aplica: art. 2º, II

EQUIPARAÇÃO

- dos sócios, diretores, gerentes, administradores e conselheiros ao devedor: art. 179

ESPÓLIO

- falência; suspensão do inventário: art. 125
- quando não será decretada a falência: art. 96, § 1º

ESTABELECIMENTO

- abandono do devedor: art. 94, III, *f*
- principal; simular a transferência: art. 94, III, *d*
- quando será lacrado: art. 109

ESTABELECIMENTO PRINCIPAL

- critério espacial de fixação de competência: art. 3º

EXECUÇÃO(ÕES)

- contra o falido; suspensão por sentença: art. 99, V

EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DO FALIDO

- declaração por sentença; apensamento dos autos: art. 159, § 6º
- declaração por sentença: autuação; publicação: art. 159, § 1º
- declaração por sentença; recurso: art. 159, § 5º
- declaração por sentença; sócio de responsabilidade ilimitada: art. 160
- oposição: art. 159, § 2º
- requerimento: declaração por sentença: art. 159
- sentença: art. 159, § 3º
- sentença; comunicação: art. 159, § 4º

F

FALÊNCIA

- ação de responsabilização: art. 82
- ação de responsabilização; prescrição: art. 82, § 1º
- ação de responsabilização; indisponibilidade dos bens particulares: art. 82, § 2º
- acionistas, sócios, controladores, diretores, administradores; qualificação deve constar do termo de comparecimento: art. 104, I, *b*
- ações ou execuções contra o falido; suspensão por sentença: art. 99, V
- ações; distribuição por dependência: art. 78, parágrafo único
- ações; prosseguimento com o administrador judicial: art. 76, parágrafo único
- acordo para compensação e liquidação de créditos: art. 119, VIII
- administrador judicial; guarda dos bens arrecadados: art. 108, § 1º
- administrador judicial; nomeação na sentença que decreta a falência: art. 99, IX
- administradores; representação da sociedade na falência: art. 81, § 2º

- administradores; representação da sociedade na falência; direitos e obrigações: art. 81, § 2º
- afastamento do devedor de suas atividades: art. 75, *caput*
- agravo; decisão que decreta a falência: art. 100
- alienação em bloco; valor de avaliação do bem individualmente considerado: art. 83, § 1º
- alienação de parte ou da totalidade do ativo: art. 94, II, *b*
- aluguel ou celebração de outro contrato; bens da massa falida: art. 114
- anotação da falência no registro do devedor: art. 99, VIII
- anotação no registro do falido do fim do período de inabilitação: art. 102, parágrafo único
- apelação; sem efeito suspensivo; pedido de restituição: art. 90, *caput*
- apelação; sentença que julga improcedente o pedido de falência: art. 100
- apresentação de pedido de recuperação judicial no prazo da contestação: art. 96, VII
- apuração judicial dos haveres do falido: art. 123, § 1º
- arrecadação e avaliação; acompanhamento pelo falido: art. 108, § 2º
- auto de arrecadação: art. 110
- avaliação de bem objeto de garantia real: art. 108, § 5º
- balanço patrimonial: art. 105, I, *a*
- bens de conservação arriscada ou dispendiosa: art. 113
- bens deterioráveis: art. 113
- bens imóveis; exibição das certidões de registro: art. 110, § 4º
- bens impenhoráveis: art. 108, § 4º
- bens insuficientes para solver o passivo: art. 94, III, *c*
- bens, livros, papéis, documentos; entrega; dever do falido: art. 104, V
- bens móveis e imóveis fora do estabelecimento; declaração no termo de comparecimento: art. 104, I, *e*
- bens particulares; indisponibilidade: art. 82, § 2º
- bens perecíveis: art. 113
- bens sujeitos à considerável desvalorização: art. 113
- bens; utilização produtiva: art. 75, *caput*
- caracterização: art. 94
- caução; credor que não tiver domicílio no Brasil: art. 97, § 2º
- causas determinantes; constar do termo de comparecimento: art. 104, I, *a*
- citação dos sócios ilimitadamente responsáveis: art. 81
- classificação dos créditos: arts. 83 e 84
- cláusulas penais; contratos unilaterais: art. 83, § 3º
- Código de Processo Civil; procedimento ordinário: art. 82, *caput*
- coisa móvel comprada com reserva de domínio: art. 119, IV
- coisa que não existe; restituição em dinheiro: art. 86, I
- coisa vendida a crédito; restituição: art. 85, parágrafo único
- coisas vendidas a termo: art. 119, V
- competente para decretar: art. 3º
- comprador de coisas compostas; perdas e danos: art. 119, II
- compromisso; administrador judicial; remoção dos bens arrecadados: art. 112
- condição de empresário; prova para o pedido de falência pelo devedor: art. 105, IV
- condomínio indivisível: art. 123, § 2º
- cônjuge sobrevivente; pode requerer falência: art. 97, II
- consentimento dos credores; necessário para a transferência de estabelecimento: art. 94, III, *c*
- contas bancárias, aplicações, títulos de cobrança; devem constar do termo de comparecimento: art. 104, I, *g*
- contas correntes; encerramento: art. 121
- contestação; prazo: art. 98, *caput*
- conteúdo da sentença que decreta a falência: art. 99, I
- continuação provisória das atividades do falido; sentença: art. 99, XI
- contraente; direito à indenização: art. 117, § 2º
- contratante de boa-fé; restituição em dinheiro: art. 86, III
- contrato de câmbio para exportação; restituição em dinheiro: art. 86, II
- contrato; interpelação do administrador judicial sobre o cumprimento: art. 117, § 1º
- contrato não pode importar disposição total ou parcial dos bens: art. 114, § 1º
- contrato referente a bens da massa falida; rescisão: art. 114, § 2º

- contrato unilateral; cumprimento: art. 118
- contratos bilaterais; não se resolvem pela falência: art. 117
- contratos unilaterais; cláusulas penais: art. 83, § 3º
- conversão dos créditos em moeda estrangeira para a moeda do País: art. 77
- conversão; câmbio do dia da decisão judicial: art. 77
- convocação da assembléia-geral de credores para a constituição de Comitê de Credores: art. 99, XII
- coobrigados garantes: art. 127, § 4º
- coobrigados solidários: art. 127
- coobrigados solventes: art. 128
- cotista ou acionista do devedor; pode requerer falência: art. 97, III
- créditos com garantia real; classificação na falência: art. 83, II
- créditos com garantia real; juros: art. 124, parágrafo único
- créditos com privilégio especial: art. 83, IV
- créditos com privilégio geral: art. 83, V
- créditos derivados da legislação do trabalho acima de 150 salários mínimos: art. 83, VI, c
- créditos derivados da legislação do trabalho; limite de 150 salários mínimos: art. 83, I
- créditos em moeda estrangeira: art. 77
- créditos extraconcursais: art. 84
- créditos extraconcursais; atos jurídicos praticados após a decretação da falência: art. 84, V
- créditos extraconcursais; atos jurídicos praticados durante a recuperação judicial: art. 84, V
- créditos extraconcursais; custas judiciais: art. 84, IV
- créditos extraconcursais; despesas e custas do processo de falência: art. 84, III
- créditos extraconcursais; quantias fornecidas pelos credores: art. 84, II
- créditos extraconcursais; serviços prestados após a decretação da falência: art. 84, I
- créditos extraconcursais; tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência: art. 84, V
- créditos; ordem: art. 83
- créditos que não possam ser reclamados; não legitimam o pedido: art. 94, § 2º
- créditos que não se compensam: art. 122, parágrafo único
- créditos quirografários: art. 83, VI
- créditos quirografários; derivados da legislação do trabalho: art. 83, VI, c
- créditos remanescentes da recuperação judicial: art. 80
- créditos trabalhistas cedidos a terceiros: art. 83, § 4º
- créditos trabalhistas cedidos a terceiros serão considerados quirografários: art. 83, § 4º
- créditos tributários; classificação na falência: art. 83, III
- créditos quirografários; legislação do trabalho: art. 83, VI, c
- créditos subordinados: art. 83, VIII
- créditos subordinados; sócios e administradores sem vínculo empregatício: art. 83, VIII, b
- credor de coobrigados solidários; direito de concorrer pela totalidade do crédito: art. 127, *caput*
- credores; aquisição ou adjudicação dos bens arrecadados: art. 111
- credores; litisconsórcio; possibilidade: art. 94, § 1º
- da decisão que decreta a falência cabe agravo: art. 100
- dar ou reforçar garantia a credor sem ficar com bem livres e desembaraçados: art. 94, III, e
- da sentença que julga improcedente o pedido de falência cabe apelação: art. 100
- debêntures; juros: art. 124, parágrafo único
- decretação; vencimento antecipado das dívidas: art. 77
- demonstração de resultados acumulados: art. 105, I, b
- demonstração do resultado desde o último exercício: art. 105, I, c
- depósito dos livros obrigatórios em cartório; dever: art. 104, II
- depósito do valor correspondente ao total do crédito; não será decretada falência: art. 98, parágrafo único
- descumprimento dos deveres pelo falido; crime de desobediência: art. 104, parágrafo único
- devedor; afastamento de suas atividades: art. 75, *caput*
- devedor; coobrigados solventes: art. 128
- devedor; garantes: art. 128
- devedor; pode requerer falência: art. 97, I

- devedor que abandona estabelecimento: art. 94, III, *f*
- devedor que não nomeia bens à penhora: art. 94, II
- devedor que realiza negócio simulado: art. 94, III, *b*
- devedor que se ausenta sem deixar representante habilitado: art. 94, III, *f*
- devedor que tenta ocultar-se: art. 94, III, *f*
- devedor que transfere estabelecimento a terceiro: art. 94, III, *c*
- devedor; vencimento antecipado das dívidas: art. 77
- deveres do administrador judicial na: art. 22
- deveres do falido: art. 104
- direito de retenção; créditos com privilégio especial: art. 83, IV, *c*
- direito de preferência na compra: art. 114, § 1º
- direito de retenção; suspensão: art. 116, I
- direito de retirada ou de recebimento do valor das quotas ou ações: art. 116, II
- direito de sócio; valores não oponíveis à massa: art. 83, § 2º
- direitos do falido: art. 103, parágrafo único
- direito regressivo; massas coobrigadas: art. 127, § 2º
- disposições gerais: arts. 75 a 82
- distribuição do pedido: art. 6º, § 8º
- distribuição obrigatória dos pedidos de falência: art. 78, *caput*
- distribuição por dependência: art. 78, parágrafo único
- dívidas; compensação: art. 122, *caput*
- dívidas; vencimento antecipado: art. 77
- do espólio; suspensão do inventário: art. 125
- do locador não resolve o contrato: art. 119, VII
- do locatário; possibilidade de denúncia do contrato: art. 119, VII
- domicílio; endereço completo; termo de comparecimento: art. 104, I
- domicílio; local da sede; estabelecimento principal: art. 94, III, *f*
- economia processual; princípio: art. 75, parágrafo único
- efeitos sobre as obrigações do devedor: arts. 115 a 128
- embargos de terceiro: art. 93
- emenda do pedido: art. 106
- empresa; bens, ativos e recursos produtivos; preservar e otimizar: art. 75, *caput*
- estabelecimento; abandono do devedor: art. 94, III, *f*
- espólio; não será decretada a falência: art. 96, § 1º
- expedição de ofícios; determinação por sentença: art. 99, X
- edital; publicação contendo a íntegra da decisão que decretou a falência: art. 99, parágrafo único
- estado civil do devedor; termo de comparecimento: art. 104, I
- examinar e dar parecer sobre as contas do administrador judicial; dever do falido: art. 104, XII
- entrega das coisas expedidas ao devedor e ainda em trânsito: art. 119, I
- falido deve assistir ao levantamento, à verificação do balanço e ao exame dos livros: art. 104, IX
- falido deve auxiliar o administrador judicial: art. 104, VII
- falido deve comparecer a todos os atos da falência: art. 104, IV
- falido; dever de manifestar-se: art. 104, X
- falido pode ser nomeado depositário dos bens arrecadados: art. 108, § 1º
- falido; sócio comanditário ou cotista: art. 123, *caput*
- falsidade de título: art. 96, I
- fato que extinga ou suspenda obrigação ou não legitime cobrança de título: art. 96, V
- fazendas Públicas Federal, dos Estados e dos Municípios; comunicação para tomar conhecimento da falência: art. 99, XIII
- garantia real; valor do bem: art. 83, § 1º
- guarda dos bens arrecadados: art. 108, § 1º
- habilitações de crédito; exame pelo falido; dever: art. 104, VIII
- habilitações de crédito; prazo: art. 99, IV
- herdeiro; pode requerer falência: art. 97, II
- impossibilidade da avaliação dos bens no ato da arrecadação: art. 110, § 1º
- inabilitação empresarial: art. 102
- indenização; cumprimento do contrato negado; crédito quirografário: art. 117, § 2º
- indicação dos bens em poder de terceiros; dever do falido: art. 104, V
- indisponibilidade dos bens particulares: art. 82, § 2º

- infração das leis penais ou administrativas: art. 83, VII
- inventariante; pode requerer falência: art. 97, II
- inventário do auto de arrecadação: art. 110, § 2º
- juízo: art. 76, *caput*
- juízo; competência; exceção: art. 76, *caput*
- juros; abatimento proporcional: art. 77
- juros das debêntures e dos créditos com garantia real: art. 124, parágrafo único
- juros vencidos; inexigibilidade: art. 124, *caput*
- lacração dos estabelecimentos do falido; sentença: art. 99, XI
- liquidação da sociedade; valores não oponíveis à massa: art. 83, § 2º
- liquidação de sentença; perdas e danos; indenização; requerimento da falência por dolo: art. 101, *caput*
- liquidação precipitada de ativos: art. 94, III, a
- liquidantes; representação da sociedade na falência: art. 81, § 2º
- liquidantes; representação da sociedade na falência; direitos e obrigações: art. 81, § 2º
- litisconsórcio de credores; possibilidade: art. 94, § 1º
- livros obrigatórios e documentos contábeis exigidos por lei; acompanham pedido de falência do devedor: art. 105, V
- mandato conferido pelo devedor antes da falência: art. 120, *caput*
- mandato conferido para representação judicial do devedor: art. 120, § 1º
- mandato ou comissão recebida pelo falido: art. 120, § 2º
- mandatos que devem constar do termo de comparecimento: art. 104, I, d
- massas coobrigadas; coobrigados garantes: art. 127, § 4º
- massas coobrigadas; devolução do valor pago acima do total do crédito: art. 127, § 3º
- massas coobrigadas; direito regressivo: art. 127, § 2º
- meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos: art. 94, III, a
- Ministério Público; intimação para tomar conhecimento da falência: art. 99, XIII
- multas contratuais: art. 83, VII
- multas contratuais; classificação dos créditos: art. 83, VII
- multas tributárias; classificação dos créditos: art. 83, VII
- nacionalidade do devedor; termo de comparecimento: art. 104, I
- não se ausentar do lugar onde se processa a falência: art. 104, III
- não será decretada: art. 96
- nome do contador deve constar do termo de comparecimento: art. 104, I, c
- nome do devedor; termo de comparecimento: art. 104, I
- nulidade de obrigação ou de título: art. 96, III
- obrigações assumidas no plano de recuperação judicial: art. 94, III, g
- ordem de apresentação dos pedidos de falência: art. 78, *caput*
- ordem dos créditos: art. 83
- órgãos e repartições públicas; expedição de ofícios: art. 99, X
- outras sociedades de que o falido faça parte; declaração no termo de comparecimento: art. 104, I, f
- pagamento da dívida; prova; não será decretada a falência: art. 96, IV
- patrimônios de afetação: art. 119, IX
- pedido de falência pelo devedor instruído irregularmente: art. 106
- pedido de restituição: arts. 85 a 93
- pedido de restituição; fundamentação: art. 87, *caput*
- pedido de restituição negado: art. 89
- pedidos de falência; distribuição obrigatória: art. 78, *caput*
- penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas: art. 83, VII
- penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, classificação dos créditos: art. 83, VII
- perda do direito de administrar ou dispor dos bens: art. 103, *caput*
- prática de ato de disposição ou oneração de bens; proibição por sentença: art. 99, VI
- prazo para pleitear recuperação judicial dentro no processo: art. 95
- prestar informações: art. 104, VI
- princípios da celeridade e da economia processual: art. 75, parágrafo único

- prisão preventiva do falido; fundamento em provas de prática de crime falimentar: art. 99, VII
- procedimento: arts. 94 a 101
- processos de falência e seus incidentes têm preferência a todos os outros: art. 79
- processos em andamento em que o falido for autor ou réu; termo de comparecimento: art. 104, I, g
- procurador pode representar o devedor nos atos da falência: art. 104, IV
- produto dos bens penhorados entrará para a massa falida: art. 108, § 3º
- promessa de compra e venda de imóveis: art. 119, VI
- protestos cancelados; termo legal: art. 99, II
- qualquer credor; pode requerer falência: art. 97, IV
- quando o estabelecimento será lacrado: art. 109
- quem pode ser nomeado depositário dos bens arrecadados: art. 108, § 1º
- quem pode requerer a falência: art. 97
- quirografários; créditos trabalhistas cedidos a terceiros: art. 83, § 4º
- rateio proporcional entre os requerentes; restituição; hipótese: art. 91, parágrafo único
- razões da impossibilidade de prosseguimento da atividade empresarial: art. 105, *caput*
- Registro Público de Empresas; certidão para comprovar regularidade das atividades do credor empresário: art. 97, § 1º
- Registro Público de Empresas; documento para provar cessação das atividades: art. 96, VIII
- relação de credores; apresentação pelo falido; dever: art. 104, XI
- relação nominal dos credores; conteúdo: art. 99, III
- relação nominal dos credores; prazo: art. 99, III
- relações contratuais; regras: art. 119
- relações patrimoniais não reguladas pela Lei; critérios de decisão: art. 126
- relação dos credores e respectivos créditos; falência requerida pelo devedor: art. 105, II
- relação dos bens e direitos que compõem o ativo; falência requerida pelo devedor, art. 105, III
- relação dos administradores; pedido de falência pelo devedor: art. 105, VI
- relatório do fluxo de caixa: art. 105, I, d
- remoção dos bens arrecadados: art. 112
- requerida pelo devedor: arts. 105 a 107
- requerida pelo devedor; demonstrações contábeis; composição: art. 105, I
- requerida pelo devedor; requisitos para o pedido: art. 105, *caput*
- requerimento por dolo; indenização do devedor: art. 101, *caput*
- requerimento por dolo; indenização do terceiro prejudicado; ação própria: art. 101, § 2º
- responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada; apuração: art. 82, *caput*
- representação das sociedades falidas: art. 81, § 2º
- restituição: arts. 85 a 93
- restituição; audiência de instrução e julgamento: art. 87, § 2º
- restituição; cabe apelação da sentença que julga o pedido: art. 90, *caput*
- restituição de coisa vendida a crédito: art. 85, parágrafo único
- restituição; despesas de conservação da coisa; ressarcimento: art. 92
- restituição; embargos de terceiro: art. 93
- restituição em dinheiro: art. 86
- restituição; exigência de caução; hipótese: art. 90, parágrafo único
- restituição; manifestação do falido, do Comitê, dos credores e do administrador; prazo: art. 87, § 1º
- restituição; não condenação da massa em honorários advocatícios; hipótese: art. 88, parágrafo único
- restituição; pedido negado: art. 89
- restituição; prazo para entrega da coisa: art. 88, *caput*
- restituição; quem pode pedir o bem que está em poder do devedor: art. 85, *caput*
- restituição; rateio proporcional entre os requerentes; hipótese: art. 91, parágrafo único
- restituição; suspensão da disponibilidade da coisa: art. 91, *caput*
- resultados acumulados; demonstração: art. 105, I, b
- revogação ou ineficácia do contrato; restituição em dinheiro: art. 86, III
- sentença que analisa pedido de falência pelo devedor; forma: art. 107, *caput*
- sentença que decreta a falência: art. 99
- sentença que nega pedido de restituição: art. 89

- serviço contratado a prestações; crédito; habilitação art. 119, III
- simular a transferência do estabelecimento principal: art. 94, III, *d*
- sociedade anônima; não será decretada a falência: art. 96, § 1º
- sociedade de responsabilidade ilimitada; falência: art. 81, *caput*
- sociedades falidas; representação: art. 81, § 2º
- sócio excluído da sociedade há menos de 2 anos: art. 81, § 1º
- sócio que tenha se retirado da sociedade há menos de 2 anos; efeitos da falência: art. 81, § 1º
- sócios; efeitos jurídicos da falência; sujeição: art. 81, *caput*
- sócios ilimitadamente responsáveis; coobrigados solventes: art. 128
- sócios ilimitadamente responsáveis; falência: art. 81, *caput*
- sócios ilimitadamente responsáveis; garantes: art. 128
- sujeição de todos os credores à falência: art. 115
- termo de comparecimento; conteúdo: art. 104, I
- termo de comparecimento; dever constar a qualificação de todos os sócios: 104, I, *b*
- termo legal da falência; critérios para a fixação: art. 99, II
- termo legal da falência; fixado na sentença: art. 99, II
- título ou título executivos protestados: art. 94, I
- último exercício; demonstração do resultado: art. 105, I, *c*
- unidade, universalidade do concurso e igualdade de tratamento dos credores: art. 126
- valor do bem objeto de garantia real: art. 83, § 1º
- valores decorrentes de direito de sócio não são oponíveis à massa: art. 83, § 2º
- vencimento antecipado das dívidas: art. 77
- venda antecipada dos bens; hipóteses: art. 113
- venda a prestações de coisa móvel; crédito; habilitação: art. 119, III
- vendedor não pode obstar a entrega das coisas: art. 119, I
- vício em protesto: art. 96, VI

FALIDO

- deve auxiliar o administrador judicial: art. 104, VII
- deve comparecer a todos os atos da falência: art. 104, IV
- dever de manifestar-se: art. 104, X
- pode ser nomeado depositário dos bens arrecadados: art. 108, § 1º
- sócio comanditário ou cotista: art. 123, *caput*

FAZENDA(S) PÚBLICA(S)

- Federal, dos Estados e dos Municípios; comunicação para tomar conhecimento da falência: art. 99, XIII

G**GARANTIA**

- avaliação de bem objeto de garantia real: art. 108, § 5º
- do crédito: art. 9º, IV
- real; valor do bem: art. 83, § 1º

H**HABILITAÇÃO DE CRÉDITO**

- derivado da relação de trabalho após a apuração do crédito por sentença: art. 6º, § 2º
- exame pelo falido; dever: art. 104, VIII
- prazo: art. 99, IV

HERDEIRO

- pode requerer falência: art. 97, II

I**IGUALDADE**

- de tratamento dos credores: art. 126

IMPUGNAÇÃO

- fase instrutória: arts. 11 e 12
- habilitação de crédito: art. 10, § 5º
- julgamento: art. 15
- processamento dos créditos retardatários apresentados antes da homologação do quadro-geral de credores: art. 10, § 5º
- recurso de agravo contra a decisão de impugnação: art. 17

INEFICÁCIA

- declarada de ofício: art. 129, parágrafo único
- reconhecimento; direito de restituição: art. 136, *caput*

- revogação; ato praticado com base em decisão judicial: art. 138

INSTITUIÇÃO FINANCEIRA

- privada: art. 2º
- pública: art. 2º

INVENTÁRIO

- auto de arrecadação: art. 110, § 2º
- falência do espólio; suspensão: art. 125

IRRETROATIVIDADE

- aplicação às falências resultantes de pedidos de convalidação de concordata: art. 192, § 4º
- da Nova Lei de Falências: art. 192

J

JUÍZO DA FALÊNCIA

- competência: art. 3º
- comunicação das demais ações que venham a ser propostas: art. 6º, § 6º

JUROS

- abatimento proporcional: art. 77
- das debêntures e dos créditos com garantia real: art. 124, parágrafo único
- vencidos; inexigibilidade: art. 124, *caput*

JUSTIÇA ESPECIALIZADA

- ações trabalhistas: art. 6º, § 2º
- execução fiscal: art. 6º, § 7º
- execuções trabalhistas: art. 6º, § 5º

L

LITISCONSÓRCIO

- de credores; possibilidade: art. 94, § 1º

LITISCONSORTE

- ativo; falido; juízo da falência; exceção: art. 76, *caput*

LIVROS CONTÁBEIS

- demonstrações contábeis: art. 51, II; 105, I
- documentos contábeis: art. 105, V
- registros contábeis: art. 51, III
- verificação dos créditos pelo administrador judicial: art. 7º

M

MANDATO

- conferido pelo devedor antes da falência: art. 120, *caput*

- conferido para representação judicial do devedor: art. 120, § 1º
- recebido pelo falido: art. 120, § 2º

MASSA FALIDA

- bens e documentos entregues ao substituto do administrador judicial: art. 22, III, *q*
- contratação de advogado: art. 22, III, *n*
- custas judiciais nas ações em que tenha sido vencida: art. 84, IV
- quantias fornecidas pelos credores como créditos extraconcursais pagos com precedência: art. 84, II
- representação judicial: art. 22, III, *c e n*
- coobrigadas; coobrigados garantes: art. 127, § 4º
- coobrigadas; devolução do valor pago acima do total do crédito: art. 127, § 3º
- coobrigadas; direito regressivo: art. 127, § 2º
- bens; aluguel ou celebração de outro contrato: art. 114

MEIOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

- acordo ou convenção coletiva de trabalho: art. 50, VIII
- administração compartilhada: art. 50, XIV
- alteração do controle societário: art. 50, III
- aumento do capital social: art. 50, VI
- cisão, fusão, incorporação ou transformação da sociedade: art. 50, II
- concessão de prazo para pagamento: art. 50, I
- constituição de sociedade de credores: art. 50, X
- constituição de sociedade específica de adjudicação dos ativos do devedor: art. 50, XVI
- dação em pagamento ou novação de dívidas com ou sem constituição de garantia: art. 50, IX
- direito de eleição e poder de veto dos credores: art. 50, V
- emissão de valores mobiliários: art. 50, XV
- equalização de encargos financeiros: art. 50, XII
- substituição total ou parcial dos administradores do devedor: art. 50, IV
- trespasse ou arrendamento de estabelecimento: art. 50, VII
- usufruto da empresa: art. 50, XIII
- venda parcial dos bens: art. 50, XI

MINISTÉRIO PÚBLICO

- ação penal privada subsidiária da pública: art. 184, parágrafo único

- ação revocatória: art. 132
- apresentação de impugnação: art. 8º
- aquisição de bens da massa falida ou do devedor: art. 177
- ciência da responsabilidade penal dos envolvidos: art. 22, § 4º
- ciência em caso de indícios de crime durante a fase processual: art. 187, § 2º
- indução a erro: art. 171
- interposição de agravo contra a decisão que conceder a recuperação judicial: legitimidade: art. 59, § 2º
- intimação após o deferimento do processamento da recuperação judicial: art. 52, V
- intimação para ciência da falência: art. 99, XIII
- intimação pessoal, sob pena de nulidade em caso de alienação do ativo: art. 142, § 7º
- pedir a exclusão, outra classificação ou a retificação de qualquer crédito, nos casos de descoberta de falsidade, dolo, simulação, fraude, erro essencial ou, ainda, documentos ignorados na época do julgamento do crédito ou da inclusão no quadro-geral de credores: art. 19
- prazo de impugnação à alienação: legitimidade: art. 143
- reclamação de informações a serem prestadas pelo falido sobre fatos e circunstâncias que interessem à falência: art. 104, VI
- prazo para o oferecimento da denúncia: art. 187, § 1º
- requisição de abertura de inquérito policial ou oferecimento da denúncia após intimação da decisão que decretou a falência ou concedeu a recuperação judicial: art. 187
- substituição do administrador judicial ou dos membros do Comitê: art. 30, § 2º
- prazo para manifestar-se sobre as contas apresentadas pelo administrador judicial acerca da realização do ativo: art. 154, § 3º

MOEDA ESTRANGEIRA

- câmbio da véspera da data da realização da assembléia: art. 38, parágrafo único
- câmbio do dia da decretação da falência: art. 77
- conservação do câmbio como parâmetro de indexação da obrigação: art. 50, § 2º

- o crédito será convertido para moeda nacional pelo câmbio da véspera da data de assinatura do plano: art. 163, § 3º, I

MULTAS

- contratuais e tributárias; classificação dos créditos: art. 83, VII

O

OBRIGAÇÃO (ÕES)

- assumidas no plano de recuperação judicial: art. 94, III, g
- do devedor; efeitos da decretação da falência: arts. 115 a 128
- dos administradores; representação da sociedade na falência: art. 81, § 2º
- nulidade: art. 96, III

OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE

- esta Lei não se aplica: art. 2º, II

P

PAGAMENTO

- aos credores: art. 149
- créditos extraconcursais: art. 149; 183
- da dívida; prova; não será decretada a falência: art. 96, IV
- entrega do saldo ao devedor: art. 153
- créditos trabalhistas: art. 151
- reserva de importâncias: art. 149, § 1º
- levantamento de valores no prazo; rateio suplementar: art. 149, § 2º
- despesas indispensáveis: art. 150
- dolo ou má-fé do credor: art. 152

PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

- apresentação pelo devedor em juízo: art. 53
- conteúdo do plano: art. 53, I, II e III
- microempresas e empresas de pequeno porte: art. 70
- prazo para apresentação: art. 53

PRAZO

- apresentação de habilitação: art. 7º
- concessão para a recuperação judicial: art. 50, I
- contestação: art. 98, *caput*
- impugnação dos créditos: art. 10
- para pleitear recuperação judicial dentro do processo: art. 95
- suspensão da prescrição: art. 6º

PRESCRIÇÃO

- ação de responsabilização: art. 82, § 1º
- suspensão do prazo prescricional: art. 6º

PRESTADORAS DE SERVIÇOS

- Lei não afeta as obrigações assumidas em seu âmbito: art. 194

PRINCÍPIOS

- da celeridade e da economia processual: art. 75, parágrafo único

PRISÃO

- preventiva do falido; fundamento em provas de prática de crime falimentar: art. 99, VII

PROCEDIMENTO

- decretação da falência: arts. 94 a 101
- ordinário; Código de Processo Civil: art. 82, *caput*

PROCEDIMENTO PENAL

- ação penal privada subsidiária da pública: art. 184, parágrafo único
- ação penal pública incondicionada: art. 184
- aplicação do rito do art. 531 e ss. do Código de Processo Penal: art. 185
- competência: art. 183
- Indícios da prática de crime: notificação ao Ministério Público: art. 187, § 2º
- Ministério Público: denúncia: obediência aos prazos do CPP: art. 187, § 1º
- Ministério Público: denúncia: obediência aos prazos do CPP: exceções: art. 187, § 1º, segunda parte
- relatório do administrador judicial: exposição de atos que possam constituir crime: art. 186
- relatório do administrador judicial: acompanhado por laudo do contador: art. 186, parágrafo único

PROCESSO(S)

- de falência e seus incidentes têm preferência a todos os outros: art. 79
- em andamento em que o falido for autor ou réu; termo de comparecimento: art. 104, I, g
- princípios da celeridade e da economia processual: art. 75, parágrafo único

PROTESTO

- cancelados; termo legal: art. 99, II
- título ou título executivos protestados: art. 94, I

- vício: art. 96, VI

PROVAS

- documentos comprobatórios: art. 9º, III

Q**QUADRO-GERAL DE CREDORES**

- classificação: art. 18, parágrafo único
- homologação: arts. 10; 14
- inclusão do requerente de restituição de bem pela sentença que a negar: art. 89
- inclusão dos créditos remanescentes da recuperação judicial; habilitação: art. 80
- retificação: art. 10

QUALIFICAÇÃO

- termo de comparecimento; acionistas, sócios, controladores, diretores, administradores: art. 104, I, b

R**RATEIO**

- perda do direito: art. 10, § 3º

RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL

- alienação de bem objeto de garantia real; supressão da garantia; aprovação do credor titular da garantia: art. 163, § 4º
- apuração de percentuais: art. 163, § 3º
- apuração de percentuais; conversão de crédito em moeda estrangeira: art. 163, § 3º, I
- apuração de percentuais não deve considerar créditos não incluídos no plano de recuperação: art. 163, § 2º
- competência: art. 3º
- créditos detidos: art. 163, § 3º, II
- desistência da adesão após homologação do plano; somente com anuência dos signatários: art. 161, § 5º
- devedor deve comprovar o envio de cartas aos credores sujeitos ao plano: art. 164, § 1º
- do devedor: art. 1º
- documentos necessários para a homologação do plano: art. 163, § 6º
- homologação judicial: art. 162
- homologação de plano quando assinado por mais de 3/5 (três quintos) dos credores: art. 163
- impossibilidade: art. 161, § 1º

- não acarreta a suspensão de direitos, ações ou execuções: art. 161, § 4º
- não obsta a efetivação de outras modalidades de acordo privado: art. 167
- o devedor não pode requerer se estiver pendente pedido de recuperação judicial, ou se houver obtido pedido de recuperação judicial ou outra homologação de outro plano extrajudicial há menos de 2 (dois) anos: art. 161, § 3º
- pagamento antecipado: art. 161, § 2º
- pedido de falência pelos credores excluídos do plano; possibilidade: art. 161, § 4º
- pedido de homologação de plano: impugnações; decisão por sentença: art. 164, § 5º
- pedido de homologação de plano: impugnações; descumprimento de outra exigência legal: art. 164, § 2º, III
- pedido de homologação de plano: impugnações; matérias que podem ser suscitadas: art. 164, § 3º
- pedido de homologação de plano: impugnações; não preenchimento de percentual mínimo: art. 164, § 2º, I
- pedido de homologação de plano: impugnações; necessária comprovação do crédito: art. 164, § 2º
- pedido de homologação de plano: impugnações; prática de atos ou descumprimento de requisito desta Lei: art. 164, § 2º, II
- pedido de homologação de plano: impugnações; prazo para manifestação do devedor: art. 164, § 4º
- pedido de homologação de plano que abrange a totalidade de uma das espécies de créditos, grupos de credores: art. 163, § 1º
- pedido de homologação de plano: indeferimento; novo pedido: art. 164, § 8º
- pedido de homologação de plano: publicação do edital; prazo de 30 (trinta) dias para impugnações: art. 164, § 2º
- pedido de homologação de plano: sentença; recurso: art. 164, § 7º
- pedido de homologação de plano: simulação: art. 164, § 6º
- plano de recuperação somente produz efeito após homologação judicial: efeito *ex nunc*: art. 165
- plano de recuperação pode prever a recuperação de efeitos anteriores à homologação somente quanto à modificação do valor e forma de paga-

- mento dos credores signatários: caso de rejeição da homologação de plano: art. 165, § 2º
- plano de recuperação pode prever a recuperação de efeitos anteriores à homologação somente quanto à modificação do valor e forma de pagamento dos credores signatários: efeito *ex tunc* por exceção: art. 165, § 1º
- possibilidade: art. 161, *caput*
- publicação de edital após o recebimento do pedido de homologação do plano: art. 164
- requisitos da proposta: art. 161
- tratamento desfavorável: art. 161, § 2º

RECUPERAÇÃO JUDICIAL

- apresentação de pedido de recuperação judicial no prazo da contestação: art. 96, VII
- convoação em falência pela não-observância do prazo legal: art. 53
- deferimento; competência: art. 3º
- deveres do administrador judicial na recuperação: art. 22
- do pedido: art. 51
- do processamento: art. 52
- fiscalização pelo Comitê de Credores: art. 27, II, *a*
- não são exigíveis do devedor: art. 5º
- obrigações assumidas no plano de recuperação judicial: art. 94, III, *g*
- requisitos para requisição: art. 48

REGISTRO

- do devedor; anotação da falência: art. 99, VIII
- do falido; anotação do fim do período de inabilitação: art. 102, parágrafo único
- Público de Empresas; certidão para comprovar regularidade das atividades do credor empresário: art. 97, § 1º
- Público de Empresas; documento para provar cessação das atividades: art. 96, VIII

REGISTROS PÚBLICOS DE EMPRESAS

- banco de dados públicos; integração em âmbito nacional: art. 196, parágrafo único
- banco de dados públicos; relação de devedores falidos ou em recuperação: art. 196

RELAÇÃO DE TRABALHO

- créditos retardatários com direito de voto: art. 10, § 1º
- habilitação, exclusão ou modificação dos créditos derivados: art. 6º, § 2º

REPRESENTAÇÃO

- administradores; representação da sociedade na falência: art. 81, § 2º
- administradores; representação da sociedade na falência; direitos e obrigações: art. 81, § 2º
- por procurador; representar o devedor nos atos da falência: art. 104, IV

RESCISÃO DA SENTENÇA

- que motivou o ato: art. 138, parágrafo único

RESERVA DE VALOR

- créditos retardatários: art. 10, § 4º
- para fins de rateio: art. 16

RESPONSABILIZAÇÃO

- ação: art. 82
- ação; indisponibilidade dos bens particulares: art. 82, § 2º
- ação; prescrição: art. 82, § 1º

RESTITUIÇÃO

- art. 136, *caput*
- art. 152
- arts. 85 a 93
- audiência de instrução e julgamento: art. 87, § 2º
- cabe apelação da sentença que julga o pedido: art. 90, *caput*
- coisa vendida a crédito; restituição: art. 85, parágrafo único
- coisa que não existe; restituição em dinheiro: art. 86, I
- de coisa vendida a crédito: art. 85, parágrafo único
- despesas de conservação da coisa; ressarcimento: art. 92
- embargos de terceiro: art. 93
- em dinheiro: art. 86
- exigência de caução; hipótese: art. 90, parágrafo único
- manifestação do falido, do Comitê, dos credores e do administrador; prazo: art. 87, § 1º
- não condenação da massa em honorários advocatícios; hipótese: art. 88, parágrafo único
- pedido negado: art. 89
- prazo para entrega da coisa: art. 88, *caput*
- quem pode pedir o bem que está em poder do devedor: art. 85, *caput*
- rateio proporcional entre os requerentes; hipótese: art. 91, parágrafo único

- suspensão da disponibilidade da coisa: art. 91, *caput*

REVOGAÇÃO EXPRESSA

- art. 200

S**SECRETÁRIO**

- designação durante a assembléia: art. 37

SECURITIZAÇÃO

- obsta a ineficácia; revogação: art. 136, § 1º

SEDE NO EXTERIOR

- filial de empresa que tenha sede fora do Brasil; competência: art. 3º

SENTENÇA

- condição objetiva de punibilidade: art. 180
- ações ou execuções contra o falido; suspensão: art. 99, V
- continuação provisória das atividades do falido: art. 99, XI
- proibição de prática de ato de disposição ou oneração de bens: art. 99, VI
- que analisa pedido de falência pelo devedor; forma: art. 107, *caput*
- que decreta a falência; conteúdo: art. 99, I
- que julga improcedente o pedido de falência; apelação: art. 100
- que nega pedido de restituição: art. 89

SINDICATO DOS TRABALHADORES

- exercício da prerrogativa de representação: art. 37, § 6º, I
- representação dos associados: art. 37, § 5º

SOCIEDADE(S)

- administradores; representação da sociedade na falência: art. 81, § 2º
- administradores; representação da sociedade na falência; direitos e obrigações: art. 81, § 2º
- anônima; não será decretada a falência: art. 96, § 1º
- de responsabilidade ilimitada; falência: art. 81, *caput*
- falidas; representação: art. 81, § 2º
- sociedade de economia mista: art. 2º I
- sociedade empresária: art. 1º
- sociedade de capitalização: art. 2º
- sociedade de credores; constituição: art. 50, X
- sociedade seguradora: art. 2º II

SÓCIOS

- efeitos jurídicos da falência; sujeição: art. 81, *caput*
- excluído da sociedade há menos de 2 anos: art. 81, § 1º
- ilimitadamente responsáveis; coobrigados solventes: art. 128
- ilimitadamente responsáveis; falência: art. 81, *caput*
- ilimitadamente responsáveis; garantos: art. 128
- que tenha se retirado da sociedade há menos de 2 anos; efeitos da falência: art. 81, § 1º
- responsabilidade ilimitada: art. 81
- solidários: art. 6º
- valores decorrentes de direito que não são oponíveis à massa: art. 83, § 2º

SUSPENSÃO

- ações ou execuções contra o falido; por sentença: art. 99, V

T**TERMO LEGAL**

- constituição de direito real de garantia: art. 129, III
- fixado na sentença que decretar a falência: art. 99, II
- pagamento de dívidas não vencidas: art. 129, I
- pagamento de dívidas vencidas de forma diversa da estipulada no contrato: art. 129, II
- de comparecimento; conteúdo: art. 104, I
- de comparecimento; declaração das outras sociedades de que o falido faça parte; no termo: art. 104, I, *f*
- de comparecimento; deve constar a qualificação; acionistas, sócios, controladores, diretores, administradores: art. 104, I, *b*
- de comparecimento; dever constar a qualificação de todos os sócios: art. 104, I, *b*
- legal da falência; critérios para a fixação: art. 99, II
- legal da falência; fixado na sentença: art. 99, II

TÍTULO(S)

- de cobrança, contas bancárias, aplicações; devem constar do termo de comparecimento: art. 104, I, *g*
- executivos protestados: art. 94, I
- falsidade: art. 96, I
- nulidade: art. 96, III

U**UNIVERSALIDADE**

- do concurso de credores: art. 126

V**VACATIO LEGIS**

- Em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação: art. 201

VENCIMENTO

- antecipado das dívidas: art. 77

VENDA

- antecipada dos bens; hipóteses: art. 113
- a prestações de coisa móvel; crédito; habilitação: art. 119, III

VENDEDOR

- não pode obstar a entrega das coisas: art. 119, I

VÍCIO

- em protesto: art. 96, VI

VIS ATTRACTIVA

- não-ocorrência na ação que demandar quantia ilíquida: art. 6º, § 1º
- não-ocorrência nas ações trabalhistas até a apuração do respectivo crédito: art. 6º, § 2º

VOTO

- credores retardatários não terão direito de: art. 10, § 1º
- não terão direito de: art. 39, § 1º
- terão direito de: art. 39
- valor do voto do credor na assembléia-geral: art. 38