

*TEMAS DE*  
***DIREITO DE***  
***INSOLVÊNCIA***

*FUNDAMENTOS,  
PRÁTICAS E  
CONSEQUÊNCIAS*



COMISSÃO DE ESTUDOS  
SOBRE RECUPERAÇÃO  
JUDICIAL E FALÊNCIA

Coordenadores:

**CARLOS EDUARDO QUADROS DOMINGOS**

**CARLOS ALBERTO FARRACHA DE CASTRO**

***TEMAS DE DIREITO DE INSOLVÊNCIA  
FUNDAMENTOS, PRÁTICAS E CONSEQUÊNCIAS***

Ademar Nitschke Junior

Alan Rogério Mincache

Aletheia Cristina Biancolini D'Ambrosio

Ana Cristina Cansian Kochinski

Ana Paula Mariani Notaro berto

Bruna Maria Trindade

Carine Junkert

Carlos Alberto Farracha de Castro

Carlos Eduardo Quadros Domingos

Edlyn Ariene dos Santos Dutra

Eduardo Oliveira Agostinho

Giovana Harue Jojima Tavarnaro

Igor Maestrelli Zarnicinski

Ivo Waisberg

João Paulo Atilio Godri

José Guilherme Zoboli

Luan Nogueira Saltori

Luís Oguedes Zamarian

Luiza Haruko Ishie Macedo

Luiza Serodio Giannotti

Marcello Lauer

Mariana Gonçalves Altomani

Oksandro Osdival Gonçalves

Pedro Ivo Lins Moreira

Ruchdieh Ibrahim Charchich

Sara Tainá Soliani

Thalita Almeida

# PREFÁCIO

A comissão de estudos sobre recuperação judicial e falência da OAB-PR se notabilizou pela realização de estudos periódicos a respeito da lei n. 11.101/2005, sua interpretação e aplicação. Além disso, durante a tramitação do projeto de reforma de referida lei, que foi aprovado no final de 2020, a comissão realizou diversas reuniões abertas, debates e palestras visando discutir a proposta apresentada, enviando, inclusive, sugestões de aprimoramento ao Congresso Nacional.

Em dezembro de 2020 foi aprovada a lei n. 14.112, que introduziu várias modificações na lei n. 11.101/2005, demandando assim novos estudos por parte da classe jurídica.

A advocacia é fundamental no sentido de promover a correta interpretação e aplicação da norma legal. Por meio dela teses são desenvolvidas e, no cotidiano dos casos concretos, que chegam até os escritórios, vai se consolidando a evolução interpretativa da legislação.

Neste livro vemos precisamente isso, autores, principalmente paranaenses, muitos deles integrantes da comissão da OAB-PR dedicada aos estudos sobre recuperação judicial e falências, apresentam interessantes temas da aplicação da lei 11.101/2005: a continuidade da atividade empresarial na falência, o papel do administrador judicial, a consolidação substancial e processual, a posição dos credores nas assembleias, o tratamento dos créditos trabalhistas, de contratos de câmbio e tributários e análises de direito comparado, dentre outras, compõem uma obra riquíssima e ampla.

A classe jurídica, especialmente por meio da advocacia, dá, por meio da presente obra, uma relevante contribuição no estudo do direito empresarial voltado à recuperação judicial e falência. Uma obra que servirá de fonte de consulta também na construção da jurisprudência, pois muitos dos estudos desenvolvidos tratam de questões ainda não consolidadas e pouco conhecidas.

A dimensão social que as empresas e empresários possuem, quer na geração de riquezas, quer na abertura de postos de trabalho, quer no desenvolvimento científico e econômico do País, é de grande relevância. Em tempos de pandemia da COVID-19 a luta pela manutenção desse crescimento e da salvação das empresas ganha maior destaque, porquanto o País necessita do empreendedorismo dos empresários, da boa organização do capital, para

alcançar com rapidez a recuperação de seu progresso e com isso também promover a distribuição da renda, com olhos sempre voltados a Justiça Social.

Esse é o trabalho que a OAB-PR, por meio de suas comissões, têm procurado realizar: difundir o conhecimento, apontar caminhos e demonstrar a essencialidade indispensável da advocacia na promoção da Justiça, serviço público primordial para a promoção da pacificação social e do bem-estar da coletividade. Há novos horizontes para o exercício da advocacia surgindo a cada momento. A especialização e o aprofundamento dos estudos são fundamentais para a descoberta de novas áreas de atuação. Hoje, por exemplo, a atuação da advocacia no campo das recuperações e falências, não é vista tão somente como o patrocínio de interesses de credores que querem receber seus créditos; o trabalho dos advogados é fundamental para que os efeitos da dificuldade momentânea de adimplir os compromissos de uma empresa, possam ser superados com a preservação dos interesses dos credores, da própria empresa e da sociedade. Cada vez mais, se observa que o papel de administrador de recuperações e falências vem sendo exercido por advogados, cada vez mais vemos escritórios de advocacia se especializando tanto na assessoria de credores e devedores, como na administração judicial.

Bem compreender os objetivos da lei de recuperações judiciais e falências permitirá o seu correto uso, em favor do progresso do País e da sociedade, essa é uma tarefa que encontra na pesquisa e nos estudos um excelente aliado.

Por isso, é de se cumprimentar a comissão de estudos sobre recuperação judicial e falência da OAB-PR pela magnífica e densa obra que lança, bem como agradecer aos juristas nacionais que apresentaram seus altos estudos sobre o tema, fazendo desta uma obra referencial ao cotidiano da aplicação do direito. A OAB-PR sente-se honrada em apresentar ao mundo jurídico a presente obra.

Curitiba, fevereiro de 2021

**Cássio Lisandro Telles**  
Presidente da OAB Paraná  
Gestão 2019-2021

# SUMÁRIO

12

**O PRINCÍPIO DO FRESH START COMO FERRAMENTA DE IMPLEMENTAÇÃO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA**

Ademar Nitschke Junior e João Paulo Atilio Godri

28

**A LEGITIMIDADE ATIVA DAS ASSOCIAÇÕES SEM FINS LUCRATIVOS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

Alan Rogério Mincache e Luiza Haruko Ishie Macedo

46

**O NOVO ENTENDIMENTO DO STF SOBRE O FUNRURAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO AGRONEGÓCIO E RECUPERAÇÕES JUDICIAIS**

Aletheia Cristina Biancolini D'Ambrosio

66

**UM PANORAMA GERAL DA FUNÇÃO DO ADMINISTRADOR JUDICIAL NOS PROCESSOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA**

Ana Cristina Cansian Kochinski e Edlyn Ariene dos Santos Dutra

84

**A FLEXIBILIZAÇÃO DO TRATAMENTO DO CRÉDITO TRABALHISTA NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL CONFORME ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL**

Ana Paula Mariani Notaroberto e Bruna Trindade

102

**TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA E O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA**

Carine Junkert e Marcello Lauer

126

**OS DESAFIOS DO DIREITO DA INSOLVÊNCIA**

Carlos Alberto Farracha de Castro

142

**ASPECTOS RELEVANTES DO CHAPTER 11 AMERICANO E POSSÍVEIS APLICABILIDADES NA LEGISLAÇÃO RECUPERACIONAL BRASILEIRA**

Carlos Eduardo Quadros Domingos e Ruchdieh Ibrahim Charchich

**164**

**O DIP FINANCE E A MATERIALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA REDUÇÃO DO CUSTO DO CRÉDITO: O QUE ESPERAR DO LEGISLADOR REFORMISTA?**

Eduardo Oliveira Agostinho e João Paulo Atilio Godri

**182**

**CONSOLIDAÇÃO SUBSTANCIAL E PROCESSUAL NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

Giovana Harue Jojima Tavarnaro e Mariana Gonçalves Altomani

**208**

**A SUJEIÇÃO DOS CRÉDITOS ORIUNDOS DE ADIANTAMENTO SOBRE CONTRATO DE CÂMBIO ("ACC") AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM CASO DE DESCARACTERIZAÇÃO DE TAL CONTRATO**

Ivo Waisberg e Luiza Serodio Giannotti e Sara Tainá Soliani

**228**

**RECUPERAÇÃO JUDICIAL E O PARADIGMA DA CLASSIFICAÇÃO DOS CRÉDITOS DE PENSÃO VITALÍCIA NO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

José Guilherme Zoboli e Luís Oguedes Zamarian

**256**

**A PRESERVAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL ATRAVÉS DA LEI 11.101/2005**

Igor Maestrelli Zarnicinski e Luan Nogueira Saltori

**280**

**SEGURANÇA JURÍDICA DO ATO ASSEMBLEAR: A ALTERAÇÃO DO VOTO DO CREDOR NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

Oksandro Osdival Gonçalves e Thalita Almeida

**312**

**A EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE FISCAL PARA FINS DE CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL À LUZ DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA**

Pedro Ivo Lins Moreira

**SU  
MÁRIO**

## O PRINCÍPIO DO FRESH START COMO FERRAMENTA DE IMPLEMENTAÇÃO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

### THE FRESH START PRINCIPLE AS AN IMPLEMENTATION TOOL FOR COMPANY PRESERVATION

Ademar Nitschke Júnior\*

João Paulo Atilio Godri\*\*

---

**Resumo:** O princípio da preservação da empresa constitui o horizonte regente de aplicação e interpretação da Lei 11.101/2005, mas não de forma isolada. A mudança de perspectiva inaugurada pela nova legislação falimentar, notadamente pela busca da proteção jurídica do mercado, impõe que a recuperação (judicial ou extrajudicial) e a falência sejam construídas de modo a permitir o soerguimento do empresário viável e conduzir o pronto afastamento do mercado do empresário inviável. Desse modo, pela lógica principiológica que informa a legislação de 2005, a falência também configura instrumento de preservação da empresa, ainda que as regras até o momento dispostas não tenham, pela experiência forense, alcançado tal desiderato. Neste sentido, a recente reforma da Lei 11.101/2005, pela Lei 14.112/2020, ao elencar o princípio do fresh start – rápido recomeço – como um dos novos balizadores do sistema de insolvência empresarial, visa corrigir as distorções de incentivos atualmente existentes e permitir que o “estigma do falido” seja superado. Por meio do método dedutivo, conclui-se que o princípio do fresh start tende a atenuar a via crucis do empresário falido (que não tenha incorrido em abuso da personalidade jurídica, com os efeitos daí decorrentes), ao permitir que se reinsira mais rapidamente no mercado e possa, novamente, criar e desenvolver

---

\* Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pela UniCuritiba. Professor de Direito Empresarial da Graduação e Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC-PR. Advogado.

\*\* Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC-PR. Professor de Direito Empresarial da Graduação da Faculdade Inspirar. Advogado.

outros negócios que contribuam para o desenvolvimento econômico e social do país, tal como perquirido pelo constituinte de 1988.

**Abstract:** *The principle of company's preservation is the governing horizon for the application and interpretation of the Law 11.101/2005, but not in isolation. The change in perspective inaugurated by the new bankruptcy legislation, notably by the search for legal protection of the market, requires that recovery (judicial or extrajudicial) and bankruptcy be built in order to allow the viable entrepreneur to rise and lead to the prompt removal of the unviable businessman from the market. Thus, due to the principled logic that informs the 2005 legislation, bankruptcy is also an instrument for company preservation, although the rules so far have not, due to forensic experience, achieved such a goal. In this sense, the reform of the Law 11.101/2005, by the current Law 14.112/2020 by listing the principle of fresh start - quick restart - as one of the new beacons of the corporate insolvency system, aims to correct the distortions of existing incentives and allow the “stigma of the bankrupt” to be overcome. Through the deductive method, it is concluded that, the principle of fresh start tends to mitigate the via crucis of the bankrupt entrepreneur (who has not incurred abuse of legal personality, with the resulting effects) , by allowing him to reenter the market more quickly and to be able to create and develop other businesses that contribute to the economic and social development of the country, as pursued by the 1988 constituent.*

**Palavras-chave:** 1. Falência; 2. Princípio da Preservação da Empresa; 3. Princípio do Fresh Start; 4. Desenvolvimento Econômico e Empreendedorismo.

**Keywords:** 1. Bankruptcy; 2. Principle of Company's Preservation; 3. Fresh Start Principle; 4. Economic Development and Entrepreneurship.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Breves apontamentos sobre a Lei 11.101/2005: a mudança de perspectiva da insolvência empresarial sobre a égide da economia de mercado; 3. O fresh start, a preservação da empresa e a Lei 14.112/2020 ; 4. Considerações finais; Referências.



## 1. INTRODUÇÃO

A Lei 11.101/2005 constituiu importante marco teórico na legislação empresarial do direito brasileiro, sendo considerada um dos principais normativos jurídico-econômicos promulgados pós-democratização. Concebida para atender aos dinâmicos anseios da ordem econômica e social do Século XXI, a nova legislação falimentar tratou de reafirmar a relevância da atividade empresarial pela manutenção, sempre que possível e viável, 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.

A nova lei de falências e recuperação de empresas inaugurou uma nova perspectiva para o enfrentamento da insolvência empresarial: não mais se pretende a única e exclusiva satisfação dos credores, mas, sim, a proteção jurídica do mercado. Daí a afirmação de que o princípio da preservação da empresa, esculpido no art. 47 da Lei 11.101/2005, deve ser conformado com os (não menos importantes) princípios da manutenção do empresário viável e da retirada do mercado do empresário inviável, ante a proteção do denominado tríplice interesse transindividual societário.

O presente artigo promoverá um recorte temático na nova legislação, enfrentando-a sob o prisma da preservação da empresa pela via do procedimento falimentar. Pretende-se demonstrar que, pela atual conformação legislativa, também a falência figura como mecanismo de preservação da empresa, ainda que o legislador de 2005 não tenha caminhado de forma precisa na construção de regras e medidas que materializassem tal condição.

Por esta razão é que o presente artigo pretende, brevemente, se debruçar sobre as proposições trazidas na Lei 14.112/2020, especialmente no que diz respeito ao princípio do fresh start. Com a positivação da denominada rápida retomada do empresário falido ao mercado, pode o legislador reformista ter corrigido uma importante lacuna no atual regime de insolvência empresarial e reajustado a norma falimentar aos primados do incentivo ao empreendedorismo, bem como à conformação constitucional quanto à importância da atividade empresarial como instrumento de desenvolvimento econômico e social.

Partindo da mudança de enfoque inaugurada pela Lei 11.101/2005 – repita-se, a proteção jurídica do mercado – pretender-se-á demonstrar que o princípio do fresh start constitui elemento indutor do princípio da preservação da empresa. Para tanto, serão utilizadas as

alterações efetivadas pela Lei 14.112/2020, abstraindo-se, neste momento, de qualquer crítica quanto ao que fora promulgado quanto a outros pontos sensíveis da legislação de 2005.

## 2. BREVES APONTAMENTOS SOBRE A LEI 11.101/2005: A MUDANÇA DE PERSPECTIVA DA INSOLVÊNCIA EMPRESARIAL SOB A ÉGIDE DA ECONOMIA DE MERCADO

No décimo quinto aniversário de sua vigência, a Lei 11.101/2005 passa por um momento de inflexão. Menos de dois anos após uma das maiores recessões econômicas da história recente brasileira, em que a disciplina e os instrumentos da legislação que trata da crise as empresas foram testados à exaustão, a pandemia do coronavírus (COVID-19), ensejadora de decretação de estado de calamidade pública pelo Governo Federal<sup>1</sup>, voltou a colocar em xeque a efetiva capacidade da Lei 11.101/2005 de dar respostas eficientes à insolvência empresarial.

Os mais diversos levantamentos registram os sucessivos recordes históricos dos pedidos de recuperação judicial e falência desde o ano de 2016<sup>2</sup>. No comparativo realizado com dados dos meses de junho de 2019 e junho de 2020, já é possível observar os impactos da pandemia do COVID-19: os pedidos de falência subiram 87,1%, com aumento de 71,3% nas decretações; as solicitações de recuperação judicial subiram 44,6%, com aumento de 123,4% na sua concessão pelo Poder Judiciário<sup>3</sup>.

Neste cenário, o movimento iniciado em 2018 para uma ampla reforma da Lei 11.101/2005, pelo envio ao Congresso Nacional pelo Governo Federal do Projeto de Lei 10.220/2018<sup>4</sup>, ganhou força e, após diversas movimentações das mais variadas organizações da sociedade

1 Neste sentido ver: Senado aprova decreto que reconhece estado de calamidade pública. Disponível em: <<https://cutt.ly/ykmTxku>>. Acesso em: 10. Out. de 2020.

2 Neste sentido, ver: Pedidos de recuperação judicial sobem 44,8% em 2016 e batem recorde, diz Serasa. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/pedidos-de-recuperacao-judicial-sobem-448-em-2016-e-batem-recorde.ghtml>. Acesso em 04. Mar. 2019.; Recuperações judiciais retomam alta e sobem 11,3% em novembro, revela Serasa. Disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/sala-de-imprensa/recuperacoes-judiciais-retomam-alta-e-sobem-113-em-novembro-revela-serasa>. Acesso em 04. Mar. 2019.

3 ANGELO, Tiago. Crise da COVID-19. Pedidos de falência sobem 28,9% em junho; de recuperação judicial, 82,2%. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-14/pedidos-falencia-sobem-289-junho-recuperacao-822>>. Acesso em 10. Out. 2020.

4 Neste sentido, ver: ZOLANDECK, João Carlos Adalberto; NITSCHKE JÚNIOR, Ademar. Breves Considerações sobre o Projeto de Reforma da Lei 11.101/2005: A Fazenda Pública e a Necessidade de Amadurecimento das Discussões do Empresário em Crise. Disponível em: <https://cutt.ly/FkmYwj6>. Acesso em 04. Mar. 2019.



civil (no que se inclui a própria OAB), fora concebido o Projeto de Lei 6.229/2005 (Câmara dos Deputados), seguido do Projeto de Lei 4.458/2020 (Senado Federal). Em 24 de dezembro de 2020, o texto reformista fora promulgado pela Lei 14.112/2020, confirmando importantes alterações na seara recuperacional-falimentar.

O (esperado) processo de maturação da Lei 11.101/2005, com todas as críticas e constantes sugestões de aprimoramento, porém, não lhe retira a importância como um dos principais normativos jurídico-econômicos promulgados pós-democratização. Mais do que cediço que a substituição do regime da concordata, então previsto no (revogado) Decreto-Lei 7.661/45, pelo da recuperação (judicial ou extrajudicial), seguida da ampla reestruturação do procedimento falimentar, trouxe inegáveis melhorias técnicas e procedimentais a fim de estimular o investimento, o crédito e o emprego no Brasil<sup>5</sup>.

Em outras palavras, a Lei 11.101/2005 visa tutelar o denominado tríplice interesse transindividual societário, consubstanciado na proteção dos interesses do empreendedor, na manutenção de empregos e crédito, como consequência econômica e social, e no resguardo da coletividade<sup>6</sup>. Daí afirmar, portanto, que o princípio da preservação da empresa – vetor regente, mas não isolado, de aplicação e interpretação da legislação de 2005, nos termos do seu art. 47 – corrobora a correlação constitucional entre atividade empresarial e desenvolvimento econômico e social<sup>7</sup>, por meio da economia de mercado.

Desse modo, outorga-se ao devedor empresário a possibilidade de reestruturação de sua atividade, desde que economicamente viável e não prejudicial às relações econômicas de mercado<sup>8</sup>. É o que Marcelo M. Bertoldi e Marcia Carla Pereira Ribeiro tratam como

5 LISBOA, Marcos de Barros et. al. A Racionalidade Econômica da Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. in: DE PAIVA, Luiz Fernando Valente (Coord.). Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas, São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 41.

6 GUIMARÃES, Márcio Souza. Direito das Empresas em Dificuldade, in PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro Sampaio (Coord.). Direito e Economia: Diálogos. Rio de Janeiro. FGV Editora, 2019, p. 353.

7 WALD, Arnoldo; Waisberg, Ivo. Da Recuperação Judicial, in CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (Coord.). Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas: Lei n°. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 319-320; BERTOLDI, Marcelo M; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Curso Avançado de Direito Comercial. 9ª ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.496-497; GUIMARÃES, Márcio Souza. Direito das Empresas em Dificuldade, in PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro Sampaio (Coord.). Direito e Economia: Diálogos. Rio de Janeiro. FGV Editora, 2019, p. 351-353; 360-362.

8 EZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 – Comentada artigo por artigo. 11 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 155; e, também:

deslocamento do foco da nova lei de falências e recuperação judicial, que passa da mera satisfação dos credores para a proteção jurídica do mercado<sup>9</sup>.

A manutenção da atividade empresarial passa a ser positiva na exata medida de sua viabilidade econômica, retirando-se do mercado o empresário inviável, para que se evite distorções e prejuízos à coletividade. O atual sistema de insolvência empresarial funciona como instrumento de controle econômico, à luz do acima citado tríplice interesse transindividual societário, de modo que falência (socialmente indesejada, mas que viabiliza a retirada do dito empresário inviável), concretiza o fenômeno de seleção natural dos melhores atores econômicos<sup>10</sup>.

Note-se, pois, que não somente a recuperação (judicial ou extrajudicial) figura como instrumento indutor da preservação da empresa (princípio positivado no art. 47 da Lei 11.101/2005), mas também a falência, porquanto o sistema de insolvência pretende resguardar a atividade econômica desenvolvida, e não apenas o empresário (em clássica separação dos conceitos de empresário e empresa, também elencado como princípio informador da Lei 11.101/2005<sup>11</sup>). Logo, a liquidação via falência não necessariamente importa descumprimento ou violação ao princípio da preservação da empresa, justamente pela Lei 11.101/2005 não ter concebido a falência como fim inarredável da empresa, mas mecanismo de afastamento compulsório de seu titular<sup>12</sup>, podendo, inclusive, a atividade desenvolvida pelo empresário falido vir a ser continuada pela alienação de seus estabelecimentos ou outro mecanismo que, porventura, seja identificado como benéfico para a maximização dos ativos do falido.

Nas palavras de Gladston Mamede, ao pontuar que o procedimento falimentar brasileiro não mais configura mero ato de vender bens e pagar, na medida do possível, os credores, “a Lei de Falências compreende o procedimento como uma oportunidade para, a partir do afastamento do devedor (empresário ou sociedade empresária) de suas atividades, buscar preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis

SADDI, Jairo. Análise Econômica da Falência, in TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direito e Economia no Brasil: São Paulo: Atlas, 2014, p. 351.

9 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; BERTOLDI, Marcelo M. Curso Avançado de Direito Comercial. 9ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 495.

10 GUIMARÃES, Márcio Souza. Direito das Empresas em Dificuldade, in PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro Sampaio (Coord.). Direito e Economia: Diálogos. Rio de Janeiro. FGV Editora, 2019, p. 373.

11 MACHADO, Rubens Approbato. Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 25/26.

12 MARIANO, Álvaro A. C. Abuso de Voto da Recuperação Judicial. 2012. 326 f. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 297.



da empresa”<sup>13</sup>. Em suma, a falência e a preservação da empresa, ao contrário do que se possa inicialmente cogitar, não são conflitantes entre si.

Trata-se de constatação de extrema relevância e que contribui para análise que se pretende encampar pela presente pesquisa: a necessidade de se resgatar a falência como efetivo mecanismo de preservação da empresa, pelo possível restabelecimento da atividade empresarial e pela rápida realocação do empresário falido no mercado. Afinal, não foi outra a intenção do legislador de 2005, ainda que algumas das regras e própria aplicação cotidiana da Lei 11.101/2005 tenham se afastado desse desiderato.

Em suma, tem-se que a Lei 11.101/2005 estabeleceu importantes (e indispensáveis) vetores ao enfrentamento da crise empresarial. As modificações e propostas de alteração realizadas ao longo do tempo são consequências naturais de sua aplicação, a fim de que cada vez mais o arcabouço teórico se adeque à realidade fática enfrentada no dia-a-dia pelos players de mercado e pelo Poder Judiciário<sup>14</sup>.

### **3. O FRESH START, A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E A LEI 14.122/2020**

Em que pese se reconhecer, sob o ponto de vista principiológico, que a Lei 11.101/2005 concebeu o procedimento falimentar como instrumento visando a rápida e eficiente retirada do empresário inviável do mercado, com o objetivo, justamente, de se evitar a potencialização dos problemas e a geração de efeitos nocivos ao crédito e à circulação de riquezas<sup>15</sup>, não caminhou bem o legislador na positivação dessas regras. A experiência forense tem demonstrado a insuficiência dos comandos da preservação e otimização da utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos da empresa (art. 75) quando contrapostos com as regras atinentes à avaliação e venda antecipada de bens (art. 113) ou ao afastamento e reabilitação do empresário falido para o exercício da atividade empresarial (art. 154 e seguintes da Lei 11.101/2005).

<sup>13</sup> MAMEDE, Gladston. Manual de Direito Empresarial. 8. ed. São Paulo. Atlas, 2013, p. 460.

<sup>14</sup> Neste sentido: AGUSTINHO, Eduardo Oliveira; GODRI, João Paulo Atilio. A Soberania da Assembleia-Geral de Credores na Recuperação Judicial como Mecanismos de Salvaguarda, sob a perspectiva de Oliver Williamson, in KLEIN, Vinicius; BECUE, Sabrina Maria Fadel (Org.). Análise Econômica do Direito: Principais Autores e Estudo de Casos. Curitiba: CRV, 2019, p. 432.

<sup>15</sup> GUIMARÃES, Márcio Souza. Direito das Empresas em Dificuldade, in PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro Sampaio (Coord.). Direito e Economia: Diálogos. Rio de Janeiro. FGV Editora, 2019, p. 361.

Como bem resumem Renato Mange e Isabel Picot, a falência, no atual sistema jurídico brasileiro, não tem funcionado com a celeridade e resultado necessários para que haja rápida purgação de ativos e recuperação razoável de valores pelos credores, assim como tem se observado que os dirigentes da falida ficam vinculados durante anos ao processo e têm muitas dificuldades para retornar suas atividades e participar de novos empreendimentos<sup>16</sup>. A falência, pela atual conjuntura, tem afastado o empreendedor, definitivamente, do mercado, implicando incentivos distorcidos para a retomada da atividade econômica e a abertura de novos negócios – o que será feito, por via das vezes, por interpostas pessoas que assumem a representação pública da atividade (comumente alcunhados de “laranjas”).

Neste contexto a falência não tem se destinado adequadamente nem à preservação da empresa, tampouco possibilitado o rápido retorno do falido ao exercício de nova atividade empresarial. É interessante notar que tal constatação se insere num cenário em que se reconhece que o insucesso empresarial, especialmente no Brasil, é muito mais recorrente do que o seu êxito, beirando ao contrassenso não ter logrado o legislador de 2005 condições de melhor aquilatar essa importante etapa do ciclo empresarial, principalmente pelos efeitos gerados à coletividade.

As instituições (formais e informais)<sup>17</sup> deveriam ser muito mais fluídas no que tange a construção de mecanismos que permitissem o rápido afastamento do empresário, a liquidação de seu negócio (quando impossível sua continuidade por outro player) e sua rápida reinserção no mercado, pela criação e desenvolvimento de novos negócios.

E mais, as atuais falhas existentes no procedimento falimentar quanto a esse ciclo de afastamento, liquidação e reinício do empresário viola, obliquamente, os ditames da

<sup>16</sup> MANGE, Renato; PICOT, Isabel. O Direito Falimentar Brasileiro e o Norte-Americano: a falência da Lei n. 11.101/2005 e o Chapter 7, in MARTINS, André Chateaubriand; YAGUI, Márcia (Coord.). Recuperação Judicial: Análise comparada Brasil-Estados Unidos. São Paulo. Almedina, 2020, p. 337.

<sup>17</sup> Aqui, valendo-se dos conceitos de Douglass C. North na Nova Economia Institucional acerca das instituições formais e informais: esta, os costumes, a aplicação prática de alguma regra, lei ou norma; aquela, as próprias regras do jogo, representadas por leis e normas, e que definem o ambiente institucional de uma sociedade. Neste sentido, ver: NORTH, Douglass. C. Institutions, institutional change and economic performance. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 6; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GODRI, João Paulo Atilio. Recuperação Judicial, Micro e Empresas de Pequeno Porte e a Lei Complementar 147/2014: Uma Análise de Eficiência a partir de Douglas North. In: 10 anos da Lei de Falências e Recuperação Judicial de Empresas: inovações, desafios e perspectivas. Ricardo Lupion Garcia (Coord). Rio Grande do Sul: Editora Fi, 2016.



Constituição Federal. Afinal, o desenvolvimento econômico e social é alcançado, sobremaneira, por meio do exercício da atividade econômica pelo agente privado, razão pela qual a criação de incentivos distorcidos, como acima pontuado, não se mostra medida inteligente e consentânea com a regra constitucional.

É imperioso, portanto, romper com o “estigma do falido”, hoje penalizado quase que com uma pena de morte econômica, sob pena de se atravancar o pleno empreendedorismo. E no Brasil, com todas as dificuldades já existentes, mais do que nunca é preciso que o empreendedorismo seja objeto de estímulo, e não de desincentivo<sup>18</sup>.

Como se esperava (e de há muito era suscitado), o legislador reformista da Lei 11.101/2005 se atentou a tais considerações a ponto de elencar como um dos princípios informadores da reforma legislativa (por meio, inicialmente, do Projeto de Lei 6.229/2005, com posterior tramitação no Senado Federal como Projeto de Lei 4.458/2020 e, finalmente, com a promulgação da Lei 14.112/2020) o denominado incentivo à aplicação produtiva dos recursos econômicos, ao empreendedorismo e ao rápido recomeço (fresh start). Como se depreende da leitura do parecer oferecido em Plenário na Câmara dos Deputados em 27 de novembro de 2019, pelo referido princípio se pretende “implementar, doravante, uma célere liquidação dos ativos da empresa que for verdadeiramente ineficiente, permitindo em decorrência a aplicação mais produtiva dos recursos; apostando-se ainda na reabilitação de empresas que realmente forem viáveis e com a adoção de mecanismos para a remoção de barreiras legais para que empresários falidos – que não tenham sido condenados por crimes falimentares – possam retornar ao mercado tão logo após o trânsito em julgado da sentença que decretar o encerramento da falência”<sup>19</sup>.

De maneira que se mostra absolutamente acertada, o legislador reformista não deixou espaço para dúvidas: o princípio do fresh start deve criar condições para remover as barreiras impeditivas para o rápido retorno do empresário falido ao mercado. A nova redação do art. 75 da Lei 11.101/2005 bem retrata o aludido norte principiológico, ao indicar no inciso III que a falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a “fomentar o empreendedorismo, inclusive por meio da viabilização do retorno célere do empreendedor falido à atividade econômica”.

18 PORTUGAL, Bruno Pereira. A reforma da falência e o ‘fresh start’. Disponível em: <<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2020/02/11/a-reforma-da-falencia-e-o-fresh-start.ghtml>>. Acesso em 10. Out. 2020.

19 Neste sentido: PL 6.229/2005. Projeto de Lei. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=307272>>. Acesso em 10. Out. 2020.

De igual modo, as novas condições para o encerramento das obrigações do falido reforçam a intenção do legislador reformista em não eternizar a via crucis do empresário. Pela redação dispensada ao art. 158, as obrigações do falido serão extintas ou pelo pagamento de 25% dos créditos quirografários (e não mais 50%, como atualmente previsto), ou pelo decurso do prazo de três anos, contado da decretação da falência.

Nesta parte a redação promulgada alterou substancialmente à atual sistemática do art. 158 da Lei 11.101/2005, uma vez que pela regra anteriormente vigente, a obrigação do falido somente se extinguia após o decurso do prazo de cinco anos, contado do encerramento da falência. Vale dizer, a contagem do prazo quinquenal para o encerramento das obrigações se iniciava, apenas, após a arrecadação e liquidação dos bens, o pagamento dos credores e a apresentação do relatório final pelo administrador judicial, seguida da sentença de encerramento.

Num país em que a duração média de um processo de falência pode ultrapassar nove anos<sup>20</sup>, como é o caso do Brasil, a alteração legislativa entabulada se mostra, no mínimo, alvissareira.

Ainda em relação às alterações materializadas no art. 158, previu-se a imediata reabilitação do empresário falido em caso de encerramento preliminar da falência pela identificação de inexistência de bens passíveis de arrecadação ou, arrecadados, sejam insuficientes para o custeio das despesas do processo, conforme interpretação conjunta realizada com a redação do novo art. 114-A da Lei 11.101/2005. A positivação do encerramento do procedimento falimentar por frustrado vem em reforço ao que já tem se praticado no cotidiano forense, notadamente pela aplicação do Enunciado 105 da III Jornada de Direito Comercial<sup>21</sup>.

Igualmente, trata-se de importante ponto de reforma da Lei 11.101/2005, pois não somente tende a viabilizar o rápido retorno do empresário ao mercado, mas também a otimizar a prestação jurisdicional, retirando-se do juízo falimentar procedimento que não apresente

20 Neste sentido, ver: JUPETIPE, Fernanda Karoliny Nascimento et al. Custos de falência no Brasil comparativamente aos estudos norte-americanos. Revista Direito GV. São Paulo. v. 13 n. 1. p. 20-48. Jan-Abri 2017.

21 Neste sentido: ENUNCIADO 105 – Se apontado pelo administrador judicial, no relatório previsto no art. 22, III, e, da Lei n. 11.101/2005, que não foram encontrados bens suficientes sequer para cobrir os custos do processo, incluindo honorários do Administrador Judicial, o processo deve ser encerrado, salvo se credor interessado depositar judicialmente tais valores conforme art. 82 do CPC/2015, hipótese em que o crédito referente ao valor depositado será classificado como extraconcursal, nos termos do art. 84, II da Lei n. 11.101/2005.



qualquer perspectiva de solução prática para os credores e para a coletividade. Por evidente, tal afirmação não significa compactuar com irregularidades e eventuais desvios ou fraudes (abuso da personalidade jurídica) que tenham sido perpetrados pelo empresário falido para ocultar seu patrimônio: competirá ao administrador judicial, com o auxílio do Ministério Público, diligenciar para que o encerramento da falência se materialize, efetivamente, por frustrado, e, conseqüente, possa o empresário retornar ao mercado, sendo que, na hipótese de ocorrência de abuso da personalidade jurídica, as medidas materiais e processuais cabíveis deverão ser tomadas para se resguardar os interesses de todos os stakeholders que permeiam o feito falimentar.

As alterações realizadas nos pontos acima destacados, numa primeira leitura, parecem atender ao que de há muito já se reclamava pelos estudiosos e aplicadores do regramento falimentar. Repise-se: é preciso romper com o “estigma do falido”, o que virá em confirmação e incentivo ao empreendedorismo.

Por outro lado, o princípio do fresh start busca referendar o que já tem sido objeto de ampla difusão no direito comparado, especialmente no direito falimentar norte americano. Pela figura do discharge, prevista na Seção 727, do Capítulo 7, do Bankruptcy Code, ao cumprir determinadas condições o falido fica exonerado de suas obrigações anteriores, a fim de que retorne novamente à economia ativa<sup>22</sup>.

Compete ressaltar que, não obstante tenha a Lei 11.101/2005 sido substancialmente inspirada no modelo falimentar norte-americano, de fato, como já pontuado, não logrou êxito o legislador na adoção de medidas que assegurassem de modo efetivo o fresh start<sup>23</sup>. Portanto, a Lei 14.112/2020 pode ter aproveitado oportunidade ímpar para corrigir essa (indesejada) imprecisão, positivando-se no direito brasileiro, de acordo com as peculiaridades do ordenamento jurídico pátrio, os preceitos de pronta retomada do empresário fixados no Bankruptcy Code.

O fato é que, como bem pontuado por Bruno Pereira Portugal, “o empresário falido não pode carregar a pecha de imoral, arruinado ou qualquer outro adjetivo de cunho depreciativo. Ao

<sup>22</sup> PORTUGAL, Bruno Pereira. A reforma da falência e o ‘fresh start’. Disponível em: <<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2020/02/11/a-reforma-da-falencia-e-o-fresh-start.ghtml>>. Acesso em 10. Out. 2020.

<sup>23</sup> PORTUGAL, Bruno Pereira. A reforma da falência e o ‘fresh start’. Disponível em: <<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2020/02/11/a-reforma-da-falencia-e-o-fresh-start.ghtml>>. Acesso em 10. Out. 2020.

revés, deve ser sempre estimulado a celeremente voltar a empreender e gerar nova riqueza”<sup>24</sup>. Trata-se de ponto de curial importância e que não pode ser subvalorizado.

Destarte, em que pese as contundentes críticas que estão sendo formuladas ao agora novo texto de reforma da Lei 11.101/2005<sup>25</sup> – muitas das quais, registre-se formalmente, os autores, inclusive, compactuam em grande medida, mas que por não ser o enfoque da presente pesquisa, poderão ser tratadas em outra oportunidade –, no ponto especificamente ora objeto de tratamento (princípio do fresh start), numa primeira leitura, parece ter o legislador reformista encontrado um caminho que se destina a assegurar ao empresário um retorno célere e efetivo ao mercado. O ciclo da atividade empresarial perpassa, mais cedo ou mais tarde, pelo seu encerramento, de modo que às instituições compete alinhar regras que minorem, ao máximo, os custos de transação incorridos pelo encerramento da atividade empresarial (pelo menos sob a gestão do empresário falido), afastamento do empresário, pagamento dos credores (na medida dos ativos), e retorno do empresário falido ao mercado.

A lógica que informa o princípio do fresh start é intuitiva e visa atender ao princípio da preservação da empresa: com o rápido afastamento do empresário, permite-se, de um lado, que um novo player possa assumir a condução do negócio, a fim de torná-lo novamente viável ou reinseri-lo numa cadeia produtiva já existente, possibilitando o pagamento dos credores, ao mesmo tempo em que, de outro lado, se defere ao empresário falido retomar rapidamente ao mercado para a abertura de um novo negócio, salvo para as situações fraudulentas de falências contaminadas por crimes falimentares. Com isso, o ciclo empresarial se reinicia pelo exercício de atividade econômica que proporcione a geração de empregos, de renda e de riquezas, o pagamento de tributos e, por extensão, o desenvolvimento econômico e social, tal como se espera do exercício da empresa.

Compete, agora, aos players, sejam públicos ou privados, que atuam nos processos de recuperação judicial e falência, diretamente ou indiretamente, corroborar o processo de alinhamento do princípio do fresh start, com aplicação extensiva do que fora promulgado pela Lei 14.112/2020. Tudo isso, sem prejuízo da reordenação de outros pontos cruciais para que

<sup>24</sup> PORTUGAL, Bruno Pereira. A reforma da falência e o ‘fresh start’. Disponível em: <<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2020/02/11/a-reforma-da-falencia-e-o-fresh-start.ghtml>>. Acesso em 10. Out. 2020.

<sup>25</sup> Cassio Cavalli, em trabalho ainda em desenvolvimento, trata a reforma proposta como tragédia. Neste sentido: CAVALLI, Cassio. A Tragédia da Reforma da Lei de Recuperação de Empresas. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3688988#:~:text=C%3%A1ssio%20Cavalli,-FGV%20Direito%20SP&text=O%20texto%20do%20PL%20conduz,sistema%20brasileiro%20de%20direito%20concursal.&text=Reforma%20da%20Lei%20de%20Fal%C3%Aancias%20e%20Recupera%C3%A7%C3%A3o%20de%20Empresas%20brasileira,-Suggested%20Citation](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3688988#:~:text=C%3%A1ssio%20Cavalli,-FGV%20Direito%20SP&text=O%20texto%20do%20PL%20conduz,sistema%20brasileiro%20de%20direito%20concursal.&text=Reforma%20da%20Lei%20de%20Fal%C3%Aancias%20e%20Recupera%C3%A7%C3%A3o%20de%20Empresas%20brasileira,-Suggested%20Citation)>. Acesso em 10. Out. 2020.



o sistema de insolvência empresarial brasileiro se apresente como instrumento eficiente de proteção da atividade empresarial, pela redução dos custos de transação e ótima alocação de recursos.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda que não desejado pelo empresário, o insucesso da atividade empresarial, especialmente no Brasil, tende a ser muito mais recorrente do que o seu êxito, não podendo o instituto da falência, portanto, ser ignorado. Desse modo, as instituições formais e informais não podem descuidar da criação de mecanismos que auxiliem não apenas na rápida e eficiente realocação de recursos, venda de ativos e pagamento dos credores, mas também na pronta retomada do empresário ao mercado, após o cumprimento mínimo de suas obrigações – e desde que não sejam constatadas fraudes.

O processo de falência regido pela Lei 11.101/2005, passados quinze anos de sua vigência, não tem funcionado com a celeridade e resultados necessários para que o enfrentamento da inviabilidade empresarial importe o mínimo de prejuízo empresário e aos stakeholders envolvidos. Não é demais afirmar, neste cenário, que a falência não tem se destinado nem a preservação da empresa, tampouco possibilitado o rápido retorno do falido ao exercício de nova atividade empresarial.

Desse modo, numa primeira leitura, bem agiu o legislador reformista ao sedimentar pela Lei 14.112/2020, dentre outras inúmeras alterações, o princípio do fresh start (rápido recomeço). As novas redações aos arts. 75 e 158, além da inclusão do art. 114-A, na Lei 11.101/2005, tendem a atenuar a via crucis do empresário falido (que não tenha, repita-se, incorrido em abuso da personalidade jurídica, com os efeitos daí decorrentes), ao permitir que se reinsira mais rapidamente no mercado e possa, novamente, criar e desenvolver outros negócios que contribuam para o desenvolvimento econômico e social do país, tal como perquirido pelo constituinte de 1988.

A lógica que informa o princípio do fresh start é intuitiva e visa, de fato, atender ao princípio da preservação da empresa, seja sob o ponto de vista da rápida retirada do mercado de empresários inviáveis, seja sob o prisma da célere reinserção desse mesmo empresário para o exercício de uma nova atividade empresarial. Com isso, poderão ser evitados incentivos

distorcidos (com a abertura de negócios por meio de interpostas pessoas) e, finalmente, dar cabo ao “estigma de falido”, que não pode, indistinta e indiscriminadamente, carregar a pecha de imoral, arruinado ou qualquer outro adjetivo de cunho depreciativo

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUSTINHO, Eduardo Oliveira; GODRI, João Paulo Atilio. A Soberania da Assembleia-Geral de Credores na Recuperação Judicial como Mecanismos de Salvaguarda, sob a perspectiva de Oliver Williamson, in KLEIN, Vinicius; BECUE, Sabrina Maria Fadel (Org.). **Análise Econômica do Direito: Principais Autores e Estudo de Casos**. Curitiba: CRV, 2019.

ANGELO, Tiago. Crise da COVID-19. **Pedidos de falência sobem 28,9% em junho; de recuperação judicial, 82,2%**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-14/pedidos-falencia-sobem-289-junho-recuperacao-822>>. Acesso em 10. Out. 2020.

GUIMARÃES, Márcio Souza. Direito das Empresas em Dificuldade, in PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro Sampaio (Coord.). **Direito e Economia: Diálogos**. Rio de Janeiro. FGV Editora, 2019.

BERTOLDI, Marcelo M; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 9ª ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 – Comentada artigo por artigo**. 11 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 155.

CAVALLI, Cassio. **A Tragédia da Reforma da Lei de Recuperação de Empresas**. Disponível em: <<https://cutt.ly/akmWJv4>>. Acesso em 10. Out. 2020.

JUPETIPE, Fernanda Karoliny Nascimento et al. Custos de falência no Brasil comparativamente aos estudos norte-americanos. **Revista Direito GV**. São Paulo. v. 13 n. 1. p. 20-48. Jan-Abri 2017.



LISBOA, Marcos de Barros et. al. A Racionalidade Econômica da Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, in: DE PAIVA, Luiz Fernando Valente (Coord.). **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**, São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MACHADO, Rubens Approbatto. **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. 8. ed. São Paulo. Atlas, 2013.

MANGE, Renato; PICOT, Isabel. O Direito Falimentar Brasileiro e o Norte-Americano: a falência da Lei n. 11.101/2005 e o Chapter 7, in MARTINS, André Chateaubriand; YAGUI, Márcia (Coord.). **Recuperação Judicial: Análise comparada Brasil-Estados Unidos**. São Paulo. Almedina, 2020.

MARIANO, Álvaro A. C. **Abuso de Voto da Recuperação Judicial**. 2012. 326 f. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

NORTH, Douglass. C. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

PORTUGAL, Bruno Pereira. **A reforma da falência e o 'fresh start'**. Disponível em: < <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2020/02/11/a-reforma-da-falencia-e-o-fresh-start.ghtml> > . Acesso em 10. Out. 2020.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GODRI, João Paulo Atílio. Recuperação Judicial, Micro e Empresas de Pequeno Porte e a Lei Complementar 147/2014: Uma Análise de Eficiência a partir de Douglas North. In: **10 anos da Lei de Falências e Recuperação Judicial de Empresas: inovações, desafios e perspectivas**. Ricardo Lupion Garcial (Coord). Rio Grande do Sul: Editora Fi, 2016.

SADDI, Jairo. Análise Econômica da Falência, in TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**: São Paulo: Atlas, 2014.

ZOLANDECK, João Carlos Adalberto; NITSCHKE JÚNIOR, Ademar. **Breves Considerações sobre o Projeto de Reforma da Lei 11.101/2005: A Fazenda Pública e a Necessidade de Amadurecimento das Discussões do Empresário em Crise**. Disponível em: < <https://cutt.ly/>

OkmQts3> . Acesso em 04. Mar. 2019.

WALD, Arnaldo; Waisberg, Ivo. Da Recuperação Judicial, in CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (Coord.). **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas: Lei n.º. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

**Câmara dos Deputados** < <https://cutt.ly/VkmQft0> >. Acesso em 10. Out. 2020.

**Pedidos de recuperação judicial sobem 44,8% em 2016 e batem recorde, diz Serasa**. Disponível em: < <https://cutt.ly/zkmQxg7> >. Acesso em 04. Mar. 2019.

**Recuperações judiciais retomam alta e sobem 11,3% em novembro, revela Serasa**. Disponível em: < <https://cutt.ly/2kmQWbl> > Acesso em 04. Mar. 2019.

**Recuperações judiciais caem 0,8% em 2018, ainda influenciadas pela lenta recuperação da economia, revela Serasa**. Disponível em: < <https://cutt.ly/qkmQJp1> >. Acesso em 04. Mar. 2019.

**Senado aprova decreto que reconhece estado de calamidade pública**. Disponível em: < <https://cutt.ly/5kmQ0zA> >. Acesso em: 10. Out. de 2020.

**PL 6.229/2005. Projeto de Lei**. Disponível em: < <https://cutt.ly/lkmWqwq> >. Acesso em 10. Out. 2020.



## **A LEGITIMIDADE ATIVA DAS ASSOCIAÇÕES SEM FINS LUCRATIVOS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

### **THE LEGITIMACY OF NON-PROFIT ASSOCIATIONS IN FILING FOR "REORGANIZATION" BANKRUPTCY**

**Alan Rogério Mincache\***  
**Luiza Haruko Ishie Macedo\*\***

**RESUMO:** Um dos reflexos das dificuldades financeiras frente à pandemia foi o aumento de pedidos de recuperações judiciais. A reestruturação da economia de mercado, apesar do princípio da livre iniciativa, não está imune da intervenção estatal, que tem o poder de engendrar fórmulas legais capazes de contrabalançar, num verdadeiro check and balances, o interesse privado diante do interesse coletivo. O direito comercial tem papel de destaque para garantir que agentes econômicos viáveis se recuperem e voltem a atuar no mercado. Sob essa perspectiva, ainda é controversa a questão acerca da legitimidade das associações sem fins lucrativos em ingressarem com o pedido de recuperação judicial, a despeito do desenvolverem atividades econômicas organizadas.

**ABSTRACT:** *One of the outcomes of the financial difficulties brought by the pandemic was the increase in the "reorganization" bankruptcy filings. The restructuring of the market economy, despite the principle of free enterprise, is not immune from state intervention, which has the*

\* Mestre em Direito Empresarial pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Pós-Graduado em Direito Público pela UNP. Graduado em Direito pela UEM. Conselheiro da OAB Maringá. Membro da Comissão de Estudos de Recuperações e Falência da OAB-PR. Advogado e sócio sênior do Escritório Federiche Mincache Advogados. E-mail: alanmincache@fmadvoc.com.br

\*\* Pós-graduada em Direito Civil e Empresarial pela PUC-PR. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Uninter. Bacharela em Direito pela UEM. Advogada no Escritório Federiche Mincache Advogados. E-mail: luizahimac@gmail.com.

*power to generate legal formulas capable of counterbalancing private interest in the face of collective interest. Commercial law plays an important role in ensuring that viable economic agents recover and return to the market. From this perspective, the question about the legitimacy of non-profit associations in filing for "reorganization" bankruptcy is still controversial, in spite of the fact that they develop organized economic activities.*

**SUMÁRIO:** Introdução; I. Os impactos econômicos ocasionados pelo covid-19 e a atuação do estado no fornecimento de soluções jurídicas; II. Da perspectiva hermenêutica sobre a associações civis sem fins lucrativos como atividade econômica organizada; III. Da legitimidade das associações civis sem fins lucrativos para ingressarem como pedido de recuperação judicial; Considerações Finais; Referências Bibliográficas

### **INTRODUÇÃO**

O cenário de recessão econômica ocasionado pelo Covid-19 e suas consequências no mercado precisam ser objeto de medidas urgentes de amparo Poder Público de modo a se permitir a reorganização do processo econômico brasileiro. Neste contexto, a interferência regulatória do Estado é necessária para a manutenção de valores sociais.

O direito comercial, principalmente no que se refere ao regime de recuperação da empresa em crise, ganha papel de destaque para estimular e garantir que agentes econômicos viáveis consigam se recuperar e voltar a atuar no mercado.

Para tanto, se faz necessário ampliar a aplicabilidade da Lei 11.101/2005, estendendo para outros agentes que, em tese não se enquadrariam no conceito de empresariedade, tal como as associações sem fins econômicos que, em tese, não possui fins lucrativos.

Todas as atividades de natureza econômica exercidas de forma profissional e organizada deveriam ser enquadradas no conceito de empresariedade. E, justamente, nesse sentido é que se acredita que a leitura da Lei 11.101/2005 deve ser realizada de maneira teleológica, levando em consideração a finalidade da norma, já que sua razão de existir é justamente buscar a preservação da atividade econômica de uma empresa pelo valor social que tal atividade representa.

Assim, este artigo tem por escopo reunir embasamentos teóricos e jurisprudencial que permitam concluir que as associações sem fins lucrativos detêm de legitimidade para



ingressarem com pedido de recuperação judicial, subordinando-se ao regime jurídico previsto na Lei 11.101/2005.

## **I. OS IMPACTOS ECONÔMICOS OCASIONADOS PELO COVID-19 E A ATUAÇÃO DO ESTADO NO FORNECIMENTO DE SOLUÇÕES JURÍDICAS**

Os impactos econômicos sem precedentes gerados pela pandemia da Covid-19 serão sentidos nos próximos anos e, conseqüentemente, trarão novos questionamentos que implicam na entrega de respostas jurídicas adequadas.

Pesquisas apontam que a recuperação da economia ainda é incerta. De acordo com dados selecionados pela Folha de São Paulo, projeções indicam que o PIB brasileiro terá a maior queda em 120 anos<sup>1</sup>. Um dos reflexos das dificuldades financeiras frente à pandemia é o aumento de pedidos de recuperações judiciais e falências por agentes econômicos – incluindo de associações sem fins lucrativos, as quais, em tese, não estariam submetidas ao regime jurídico previsto pela Lei 11.101/2005, mas que, igualmente aos demais setores da economia, tiveram impactadas a sua demanda por serviços, o que de outro lado, certamente reverberou no inadimplemento e na impossibilidade de cumprimento de suas obrigações.

Segundo informações colhidas pelo site G1 junto ao Serasa Experian, “em abril foram registrados 120 pedidos de recuperação judicial no país, uma alta de 46,3% na comparação com março. Já os pedidos de falência somaram 75, um aumento de 25% frente ao mês anterior”<sup>2</sup>.

Todo esse cenário, de clara recessão econômica, de inadimplência, de insatisfação jurídica-judicial, de conseqüente desemprego decorrente do desaparecimento ou do encolhimento da economia, precisa ser objeto de medidas urgentes de amparo e intervenção do Poder Público de modo a se permitir a reorganização do processo econômico brasileiro.

1 CUCOLO, Eduardo. Dados mostram a dimensão histórica do impacto da Covid-19 na economia. Folha de São Paulo, São Paulo, 11.07.2020. Disponível em <<https://folha.com/l7j8xdy>>. Acesso em 20.09.2020

2 ALVARENGA, Darlan. Pedidos de recuperação judicial e falência crescem no país e atingem mais as pequenas empresas. G1. São Paulo, 19.05.2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/05/19/pedidos-de-recuperacao-judicial-e-falencia-crescem-no-pais-e-atingem-mais-as-pequenas-empresas.ghtml>>. Acesso em 22.09.2020.

Conforme destaca o professor Gilberto Bercovici, “o papel do Estado e do direito econômico são essenciais para o combate à pandemia e aos efeitos negativos das crises econômica e sanitária”, já que garantir renda para a população e prezar pelo funcionamento de serviços essenciais, exigiu “a suspensão da lógica mercantil que vem dominando as relações econômicas e sociais nas últimas décadas”<sup>3</sup>.

A interferência regulatória do Estado na economia, como bem assevera Guilherme Teixeira Pereira, trata-se de uma realidade jurídica para a manutenção de valores sociais constitucionalmente estabelecidos<sup>4</sup>.

Não por acaso, o legislador constituinte, no artigo 170 da Carta Magna, estabeleceu que “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”.

Dessas premissas, extrai-se que a economia de mercado, não obstante sagrada pelo princípio constitucional da livre iniciativa, não está imune diante da força interventiva estatal, que, para resguardar a valorização do trabalho humano e garantir a justiça social, tem o poder de engendrar fórmulas legais capazes de contrabalançar, num verdadeiro check and balances, o interesse privado diante do interesse coletivo.

Também sob toda essa perspectiva, o próprio Poder Judiciário, como componente do Estado, recebe muitas vezes a missão de agir de modo a ultrapassar a vontade privada exercida de modo legítimo e totalmente lícito pelo particular, para impor regulações tais que, se a priori parecem contraditórias diante do sistema legal posto, na verdade tem como pressuposto assegurar muito mais do que o simples equilíbrio dos interesses privados conflitantes, indo além para sob sua justificativa, garantir com sobressalto o interesse maior da coletividade, numa economia de mercado que se contextualize com a justiça social.

Nessa toada, observa-se a extrema importância de que o Estado ofereça uma boa matriz institucional – seja por suas normas, princípios, leis; seja pela atuação do judiciário; ou pela criação de políticas públicas – a fim de conferir maior segurança na resolução dos novos

3 BERCOVICI, Gilberto. O papel do Direito econômico diante da crise da Covid-19. Consultor Jurídico, São Paulo, 07.06.2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-07/estado-economia-papel-direito-economico-diante-crise-covid-19#sdfootnote2anc>>. Acesso em: 20.09.2020.

4 PEREIRA, Guilherme Teixeira. A função social da empresa com posição dominante no mercado. In PEREIRA, Guilherme Teixeira. Direito societário e empresarial: Reflexões jurídicas. São Paulo: Quarter Latin, 2009. fl. 100



problemas ocasionados pela crise econômica.

Neste caminho, Douglas North destaca que o desempenho econômico é moldado pelas regras formais e informais – ou seja, a matriz institucional do país – e as características de suas aplicações durante o tempo<sup>5</sup>:

*“Institutions form the incentive structure of a society and the political and economic institutions, in consequence, are the underlying determinant of economic performance. Time as it relates to economic and societal change is the dimension in which the learning process of human beings shapes the way institutions evolve”*<sup>6</sup>.

Assim, as instituições atuam como verdadeiro estímulo para desenvolvimento econômico, pois é por meio delas que as organizações sentirão confiança para efetivar novas transações e inovações, responsáveis por gerar riquezas a um país e, portanto, responsáveis por garantir uma reestruturação econômica.

Nessa conjuntura, o direito comercial – no que toca, sobretudo, o regime de recuperação da empresa em crise – ganha papel de destaque para estimular e garantir que agentes econômicos viáveis consigam se recuperar e voltar a atuar no mercado.

Sobre a regulação do direito de insolvência, tem-se que, apesar da Lei 11.101/2005 inovar ao substituir o Decreto-Lei nº 7.661/45, o qual desconsiderava a repercussão da insolvência no mercado, valorizando um sistema processual moroso e que desprestigiava os créditos não públicos<sup>7</sup>, a Lei da recuperação judicial e falência já nasceu anacrônica em relação à preocupação em auxiliar as empresas em crise, pois, conforme bem observa Manoel Justino Bezerra Filho:

*“A lei 11.101/2005 conservou a tradição do direito comercial brasileiro e manteve seus institutos aplicáveis ao empresário e à sociedade empresária, os quais, didaticamente, unificou sob a terminologia de devedor. Nesse ponto, todavia, uma observação deve ser feita. Podia, no entanto, ter dado um passo adiante, e estender os procedimentos concursais a toda e qualquer atividade econômica, que desempenhe função de circulação ou criação de riquezas, inclusive sociedades*

5 NORTH, D. C. Economic performance through time. The American Economic Review, v. 84, n. 3, jun. 1994. p. 366.

6 Ibid., p. 359-360.

7 FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Lei de Falência e recuperação de empresas. 7. ed. rev., atual., São Paulo: Atlas, 2015. p. 2-3.

*profissionais, atividade rural, e mesmo pessoas naturais e até entes despersonalizados (como ocorre, por exemplo, no direito germânico), posto que os efeitos das dificuldades, em regra, ultrapassam as restritas relações entre credores e devedor empresário. [...] Assim sendo, nesse particular, o direito brasileiro permaneceu na contramão e contrariou a tendência mundial de ampliação do critério subjetivo de sujeição aos procedimentos concursais, como ocorre no direito norte-americano, francês, alemão, português, espanhol e argentino. (g.n.)”*<sup>8</sup>.

Neste contexto, Waldo Fazzio Junior destaca que o regime jurídico da Lei de Recuperação e Falência (LREF) não abrange todos os agentes econômicos, mas somente àqueles contemplados no universo empresarial, excetuando os agentes econômicos civis – os quais são pacientes nas normas gerais<sup>9</sup>.

É sob essa perspectiva que este trabalho pretende se debruçar, no sentido de especificamente tratar das associações sem fins lucrativos, que contempla o exercício de atividade econômica organizada, e que está no cerne do conceito próprio de empresa.

## **II. DA PERSPECTIVA HERMENÊUTICA SOBRE A ASSOCIAÇÕES CIVIS SEM FINS LUCRATIVOS COMO ATIVIDADE ECONÔMICA ORGANIZADA**

De início, necessário lembrar em qual perspectiva o ordenamento jurídico brasileiro posiciona as associações sem fins lucrativos. Melhor descritas nos arts. 53 ao 61 do Código Civil de 2002, estas entidades são caracterizadas pelo seu fim não econômico<sup>10</sup>, possuindo diversas finalidades no âmbito do direito brasileiro, tais como: religiosas, educacionais, científicas, literárias, esportivas dentre outras. Qualquer atividade lícita pode ser buscada por uma associação, o que, por si só, demonstra sua relevância social e econômica<sup>11</sup>.

Apesar do relevante papel dessas entidades no âmbito econômico, é importante esclarecer, contudo, que “as sociedades e associações civis estão com suas atividades situadas

8 FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Lei de Falência e recuperação de empresas. 7. ed. rev., atual., São Paulo: Atlas, 2015. p. 2-3.

9 FAZZIO JÚNIOR, 2015. p.25.

10 Cf. preceitua o art. Art. 53 do CC: Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos. Parágrafo único. Não há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocos.

11 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Parte geral. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2011. P. 267



exclusivamente do Direito Civil, distinguindo-se das sociedades mercantis<sup>12</sup>, evidenciando que, apesar da unificação do Direito Comercial e Civil, conforme elucida Manoel Justino Bezerra Filho, o sistema brasileiro, em realidade, permaneceu com a velha dicotomia centrada na ultrapassada noção de empresário ligada ao conceito subjetivista, de modo que, apesar da adoção da teoria da empresa pelo Código Civil de 2002 ser um progresso, se considerado o antigo conceito de comerciante, tem-se que “a Lei, timidamente, manteve a opção legislativa de segregação entre atividade não empresária e empresária”<sup>13</sup>.

Aqui, impende destacar a relação entre empresário – o qual se submete ao regime da recuperação judicial – e a atividade empresarial. Sabe-se que, de acordo com o art. 966 do Código Civil, conceitua-se como empresário o profissional que exerce atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Todavia, “o conceito legal de empresário não recobre todas as atividades econômicas. Permanece, no interior da teoria da empresa, a classificação destas em empresariais e não empresariais.<sup>14</sup>”, corroborando com o posicionamento de que teoria da empresa não atende aos anseios atuais do direito da insolvência<sup>15</sup>, uma vez que acaba por desconsiderar atividades produtivas que excetuado pelo fato de não serem enquadradas tipicamente como empresariais, colocam-se diante da economia de mercado, inequivocamente como agentes econômicos que geram empregos, renda, tributos, função social, estimulando assim a atividade econômica como um todo.

Por sua vez, a sociedade empresária ou simples, tal como descrita no art. 981 do Código Civil, estabelece a partilha de resultado econômico (lucro) como elemento de definição<sup>16</sup>. Neste ponto, o elemento de distinção entre os gêneros societários [simples ou empresarial] não está, na característica da forma societária, mas sim na natureza da atividade econômica desempenhada<sup>17</sup>.

Em relação ao objeto de estudo, o art. 53 do Código Civil descreve as associações como a

12 Ibid. p. 266.

13 BEZERRA FILHO, 2018. p. 95.

14 COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas. 11.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 53

15 CAMPINHO, Sérgio. Parecer Jurídico, de 02 de abril de 2020. Dispõe sobre a possibilidade (ou não) de a Associação Sociedade Brasileira de Instrução (ASBI) obter proteção judicial, por meio do instituto da recuperação judicial, a fim de poder enfrentar e superar a crise econômico-financeira. p. 7.

16 BERTOLDI, Marcelo M; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Curso Avançado de Direito Comercial. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 472

17 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Exercício de atividade empresária por associação: avanço ou retrocesso social?. In: FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Uinie (Org.). Associações: Constituição, Fundamentos e Perspectivas. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017, p. 132.

união de pessoas para fins não econômicos, enquanto às sociedades são as entidades com fins lucrativos.

Assim, em tese, as associações não se enquadrariam no conceito de empresariedade, já que não possuem fins econômicos e, via de consequência, não estariam sujeitas ao regime jurídico da recuperação judicial, em que pese muitas delas exercerem atividade econômica organizada. Eis, então, a origem da problemática apresentada.

Com efeito, uma consideração cirúrgica deve ser destacada, já que abre margem para discussão acerca do exercício de atividade empresária pelas associações. Conforme destaca Marcia Carla Pereira Ribeiro:

“A Lei Civil determina que a associação não exerce atividade de fim econômico e, portanto, é excluída da noção de sociedade (já que o conceito de sociedade perpassa pelo propósito da partilha de resultados). Como a Lei Civil utiliza a expressão “atividade de fim econômico” e não atividade econômica, abre margem a discussões sobre a interpretação a ser atribuída á vedação legal.

A noção de atividade econômica está no núcleo do conceito de empresa e caso a associação seja considerada como forma de organização apta a tal exercício, estaria, em tese, passível de ser enquadrada no conceito de empresariedade”<sup>18</sup>.

Desse modo, ainda nas palavras da autora:

“Se a opção é pela busca de um conceito normativo de empresário e não de um conceito positivo, decorrente da exceção trazida pela Lei, todas as atividades de natureza econômica, exercidas de forma profissional e organizada estariam enquadradas no conceito de empresariedade, não se justificando um tratamento diferenciado para as situações assemelhadas”<sup>19</sup>.

E, justamente, nesse sentido é que se acredita que a leitura da Lei 11.101/2005 deve ser realizada de maneira teleológica, levando em consideração a finalidade da norma e não o seu conceito positivado, até mesmo porque o ramo do Direito Comercial está em constante mudança, possuindo um desenvolvimento diverso do direito em seu sentido mais amplo.

18 Ibid., p. 133.

19 Ibid., p. 132.



Sobre o elemento teleológico, Carlos Maximiliano relembra que o Direito é uma ciência primariamente normativa ou finalística e, em decorrência disso, a sua interpretação deve ser teleológica de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesse<sup>20</sup>.

A lei possui um movimento que acompanha a sociedade, já que o seu espírito está na forma como se verifica se uma lei está adaptada uma cultura<sup>21</sup>. No âmbito do Direito Comercial, Raquel Sztajn, de modo pertinente destaca que, cabe ao estudioso do direito balancear “[...] a necessidade das pessoas por certeza e segurança, o que o ordenamento jurídico oferece e, de outro, não se fixar no positivismo formalista que possa dificultar interpretação mais flexível das normas sem o que se aumentam custos de transação de que resultam perdas sociais”<sup>22</sup>.

Desse modo, não se pode deixar de considerar que a mens legis da recuperação judicial e falência está consubstanciada nos princípios da função social; da preservação da empresa e no estímulo da atividade econômica, previstos no art. 47 da Lei 11.101/2005, que se encontram em harmonia com os arts. 5º, XXIII, e no artigo 170, III, da Constituição Federal de 1988, já que referida lei “busca na preservação da empresa a realização dos compromissos sociais por ela assumidos<sup>23</sup>”.

Vê-se que a razão de existir da Lei 11.101/2005 é justamente buscar a preservação da atividade econômica de uma empresa pelo valor social que tal atividade representa. No cenário brasileiro, é possível observar que diversas associações sem fins lucrativos exercem atividade econômica organizada – como exemplo àquelas que atuam na área da educação, saúde, cultura, dentre outras – e que possuem papel importante no desenvolvimento econômico do país. Evidentemente a crise financeira de uma associação gera efeitos no âmbito econômico

20 MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. Coleção fora de série. 21. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017. E-book, ISBN 9788530976996. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530976996/>>. Acesso em: 25.09.2020.

21 MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O Espírito das Leis. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

22 SZTAJN, Raquel. Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados, 2. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010. E-book. ISBN 9788522465439.p. 7. Disponível em: <<https://cutt.ly/Wkm7PQ8>>. Acesso em: 23.09.2020.

23 WILHELM, Alcides. A efetividade da recuperação judicial e a preservação da empresa: aspectos polêmicos da lei da recuperação de empresas e falência (Lei 11.101/05). Curitiba: Instituto Memória, Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2020. p. 60.

e social, tendo em vista que, por se tratar de uma organização, movimenta uma gama de empregos, gerencia contratos, estimula a economia local e possui uma estrutura que gera riquezas.

Nas palavras da professora Marcia Carla Pereira Ribeiro “em termos econômicos, pelo fato da associação constituir uma forma de organização, deverá contar em sua estrutura, por menos que seja, com o gerenciamento de contratos (de trabalho, fornecedores e usuários), à semelhança do que ocorre com uma sociedade. Ou seja, a organização faz circular e gera riquezas por meio dos contratos. Para além e tal perspectiva de gestão de contratos, a própria atividade fim da associação pode enquadrar-se no universo da economicidade – o que ocorre na prática, em nosso país, na maioria delas, tais como as que operam no campo do desenvolvimento rural, de emprego e treinamento, outras formas de desenvolvimento de direito, associações empresariais e patronais, associações profissionais e de produtores rurais<sup>24</sup>”.

Com tudo isso, pretende-se demonstrar que uma parcela considerável de associações exerce atividade econômica organizada e, portanto, merece ter seu estado de crise devidamente tutelado. Voltando os olhares à problemática apresentada, Manoel Justino Bezerra Filho expõe que:

*“O art. 1º, ao limitar a recuperação judicial para empresas e para sociedades empresárias, deve ser examinado à luz, entre outros, do art. 47 da LREF, bem como à luz dos arts. 966, 981 e 982 do Código Civil. Desta forma, o que se vê, é que o princípio do art. 47 é a preservação 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.” O art. 47 não fala em “sociedade empresária”, termo que é encontrado apenas no art. 1º; o art. 47 fala apenas em “fonte produtora” e “empresa”<sup>25</sup>”.*

A leitura sistêmica e teleológica da Lei 11.101/2005, muito mais do que superar um excesso de formalismo inerente de uma leitura limitada nos exatos termos da lei positivada, é necessária para garantir tanto a sua base principiológica, como para amenizar os impactos econômicos de uma empresa em crise no cenário do mercado. Somente um direito bem estruturado e não

24 RIBEIRO, 2017. p. 147.

25 BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Parecer Jurídico, de 02 de abril de 2020. Dispõe sobre a possibilidade (ou não) de a Associação Sociedade Brasileira de Instrução (ASBI) apresentar pedido de recuperação judicial. p. 6.



enraizado em formalismos excessivos pode incentivar a inovação e, portanto, aumentar a riqueza de uma nação<sup>26</sup>.

Como bem ensina Cassio Cavalli: “Um dos expedientes que permite ao direito apropriar-se de características relativas a conceitos provenientes da ciência econômica consiste na identificação da função econômica dos institutos jurídicos. A compreensão de distintas funções econômicas possibilita uma melhor compreensão das instituições jurídicas. Aqui, por evidente, ressoa mais uma vez a ineliminável contribuição do pensamento de Tullio Ascarelli para a elaboração de uma teoria de empresa, em razão de ter fundado o Funcionalismo Jurídico, que se ocupa de interpretar os institutos jurídicos a partir da sua instrumentalidade em relação as funções econômicas, pondo ênfase nas relações entre direito e economia<sup>27</sup>”. Com base inclusive nessa perspectiva de análise do Funcionalismo Jurídico baseado no pensamento de Ascarelli, é preciso mesmo que o direito recuperacional se preocupe com a interpretação do conceito de empresa, de maneira mais flexível, sem necessariamente circunscreve-lo à atividade econômica com fins lucrativos, mas sim compreendendo se estamos ou não diante de uma atividade econômica organizada que entrega bens e serviços para a sociedade.

É pelo contexto jurídico descrito acima e diante da crise instaurada pelo novo coronavírus, que os reflexos da ausência de previsão legal de um regime de insolvência que abranja todos agentes econômicos do mercado se intensificaram e reverberaram nas portas do judiciário.

### **III. DA LEGITIMIDADE DAS ASSOCIAÇÕES CIVIS SEM FINS LUCRATIVOS PARA INGRESSAREM COMO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

A questão controversa sobre a legitimidade das associações sem fins lucrativos de ingressarem com pedido de recuperação judicial ganhou mais visibilidade, aos 02.09.2020, com o acórdão proferido pelo e. TJRJ no agravo de instrumento n. 0031515-53.2020.8.19.0000, que confirmou o entendimento do juízo da 5.<sup>a</sup> Vara Empresarial do Rio de Janeiro, e deferiu o processamento da recuperação judicial da associação sem fim lucrativo ASBI - Associação

26 COOTER, Robert Dandridge; SCHAFFER, Hans-Bernd; ELTZ, Magnum Koury de Figueiredo (org. e trad.). O Nó de Salomão: como o direito pode erradicar a pobreza das nações. Curitiba: CRV, 2017. p. 29.

27 CERZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. Dez anos da Lei n. 11.101/2005: estudo sobre a lei de recuperação e falência in CAVALLI, Cassio. A teoria da empresa na Recuperação Judicial, São Paulo: Almedina, 2015, p. 210.

Sociedade Brasileira de Instrução, mantenedora da Universidade Cândido Mendes.

Para fundamentar o seu voto, o desembargador relator Nagib Slaibi Filho destacou que: “Ainda que no aspecto formal a mantenedora da Universidade Cândido Mendes se apresente como associação civil, formato que assumiu desde a sua formação, há mais de 100 anos, desempenha atividade empresária, ao teor do disposto no art. 966 do Código Civil, por realizar atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, atuando na área da Educação em nível superior, gerando empregos, bens culturais e arrecadação para o Estado, exercendo assim a sua função social<sup>28</sup>”.

Essa decisão tem sido considerada um marco na discussão sobre o tema proposto, sobretudo porque reascendeu o debate acerca da leitura ampliada da Lei 11.101/2005, a fim de que ela atinja outros agentes econômicos que exercem atividade econômica organizada, para além das sociedades empresárias e do empresário.

Manoel Justino Bezerra Filho assevera a relevância da atuação do judiciário “no que diz respeito ao “conserto” da “lei ruim” pela “jurisprudência boa”, bem como a atividade inversa, ou seja, a “jurisprudência ruim” consertada pela “lei boa<sup>29</sup>”. É importante ponderar a grande relevância desse julgado, pois representa a realidade/necessidade do direito comercial na prática, cuja tutela ainda não é prestada de modo efetivo, considerando a restrição contida no art. 1.º da Lei 11.101/2005.

É importante frisar que no âmbito internacional, países como os Estados Unidos, não limitam o acesso de associações sem fins lucrativos ao seu processo de reorganização judicial. O Chapter 11 do Bankruptcy Code – dispositivo que versa sobre a falência nos EUA - possui procedimentos totalmente diversos e aparentemente mais céleres, se comparado com a Lei de Recuperação Judicial vigente no Brasil.

Um exemplo disso se tem com o anúncio no dia 15 de janeiro de 2021, de que a associação

28 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0031515-53.2020.8.19.0000. 6.<sup>a</sup> Câmara Cível Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro x Associação Sociedade Brasileira de Instrução e Instituto Cândido Mendes. Relator Nagib Slaibi Filho, 2 de setembro de 2020. Disponível em < <https://cutt.ly/mkm5str> >. Acesso em 25.09.2020.

29 BEZERRA FILHO, Manoel Justino. “Trava Bancária” e “Trava Fiscal” na Recuperação Judicial – Tendências Jurisprudenciais Atuais. In: ELIAS, Luiz Vasco (coord.). 10 Anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Reflexões sobre a Reestruturação Empresarial no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2015.p. 309



sem fins lucrativos The National Rifle Association (NRA) - conhecida por ser uma das maiores defensoras do porte de armas nos Estados Unidos e movimentar milhões de dólares – ingressou com pedido de recuperação judicial perante a Corte de Falências do Texas nos Estados Unidos, a fim de suspender as ações judiciais que tramitam contra a entidade, impedindo que os seus credores adotem medidas para reaverem os seus créditos. De acordo com a entidade: *“it will shift its nonprofit registration to Texas to “enable long-term, sustainable growth and ensure the NRA’s continued success as the nation’s leading advocate for constitutional freedom”<sup>30</sup>”*.

Por esse cenário, tão emergente é a discussão do tema proposto, a fim de se levantar as bases teóricas da problemática, de modo que o Direito seja aplicado de modo eficiente na resolução dos conflitos inerentes do nosso sistema.

Isso posto, para além da análise do espírito da Lei 11.101/2005 e sua interpretação sistemática e teleológica, é preciso realizar uma abordagem interdisciplinar trazendo os elementos da economia para o oferecimento de soluções jurídicas adequadas, considerando o forte reflexo que a recuperação judicial de uma associação sem fim lucrativo detém no âmbito econômico.

Vê-se que “a ciência jurídica atualmente carece de eficiência por não ser capaz de solucionar uma série de conflitos sociais a um custo reduzido<sup>31</sup>” e, justamente por isso é tão emergente que os aplicadores do direito comecem a enxergar a Lei 11.101/2005 sob a ótica da análise econômica do direito (AED), quando da fundamentação das decisões judiciais. Sabe-se, neste sentido, que a AED é considerada um método analítico e “retoma a razão de ser das instituições jurídicas. Postula terem racionalidade subjacente uniforme e propõe ferramentas conceituais para atualizá-las<sup>32</sup>”.

30 BOMEY Nathan. National Rifle Association, at center of heated national gun debate, files for Chapter 11 bankruptcy protection. USA TODAY. McLean, 15.01.2021. Disponível em < <https://cutt.ly/Bkm5Puw> >. Acesso em 20.01.2021

31 SONAGLI, Joseliane; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira Ribero. A Teoria de Coase e o Papel Do Direito Para a Eficiência Das Relações Empresariais. Economic Analysis Of Law Review, v 8 n 1. Jan-jun, 2017. p.18-34, Disponível em: < <https://cutt.ly/Akm5KIP> >. Acesso em 23.09.2020.

32 MACKAAY. Ejan; Rousseau, Stéphane. Análise Econômica do Direito. 2.ed. Trad. Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015. E-book. ISBN 9788522497652. Disponível em: < <https://cutt.ly/Xkm5BHw> >. Acesso em 24.09.2020. p. 7.

Os ideais de Ronald Coase<sup>33</sup>, inclusive, podem e devem ser utilizados para a melhor leitura da Lei 11.101/2005, considerando a relação direta que ela propõe entre o direito e economia em busca da solução mais eficiente.

*“[...]as cortes influenciam diretamente a atividade econômica. Desse modo, seria aparentemente desejável que as cortes tivessem os deveres de compreender as consequências econômicas de suas decisões e, na medida em que isso fosse possível sem que se criasse muita incerteza acerca do próprio comando da ordem jurídica, de levar em conta tais consequências ao exercerem sua competência decisória”<sup>34</sup>”*.

Nesta toada, na aplicação do direito, o Judiciário possui o poder elementar de analisar e alocar o direito de modo a diminuir os custos de transação, considerando a cooperação das partes – ato tão caro para a Lei da recuperação judicial que objetiva justamente criar um ambiente de negociação entre empresa recuperanda e seus credores, considerando, sobretudo, a natureza recíproca do problema.

Isso posto, não se pode ignorar a influência que as associações sem fins lucrativos detêm no âmbito econômico por exercerem atividades organizadas. Ao se deparar com uma situação de pedido de recuperação judicial de uma dessas entidades, o Magistrado deve sopesar os custos e impactos econômicos que a quebra de uma associação pode ocasionar, não se limitando à leitura restrita da lei.

Dessa maneira, a leitura sob a lente sistêmica e teleológica da Lei 11.101/2005 pode conduzir à assertiva de que as associações sem fins lucrativos são partes legítimas para pleitearem a recuperação judicial e se submeterem a tal regime jurídico, considerando que diversas delas exercem atividades econômicas organizadas e detêm forte influência econômica no mercado brasileiro, o que não pode ser ignorado quando da análise do pedido de recuperação judicial. “Há, portanto, que se proceder a uma necessária alteração de eixo, que se desloca do empresário para o agente econômico<sup>35</sup>”.

Não parece crível que um agente econômico em crise com possibilidade de recuperação, tenha seu fim decretado – o que influencia no cenário social – pelo fato de não estar enquadrado

33 COASE. Ronald. O problema do custo social. The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies. Vol. 3: No. 1, Article 9, 2008. p. 22

34 Ibid, p.15.

35 CAMPINHO, 2020. p. 6.



dentro do conceito de empresariedade.

A letra exata da lei, ao que se crê, não deve ser óbice para a aplicabilidade do seu real espírito, até mesmo porque os fenômenos sociais atuais anseiam pela interpretação não restritiva da Lei 11.101/2005. A questão já bate às portas do judiciário e não pode mais ser ignorada.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, conclui-se que a falta de regras formais eficientes e a barreira que se tenta criar com a subsunção exata da letra do art. 1.º da Lei 11.101/2005 enfraquece a atividade econômica do país como um todo, pois impede a reestruturação de agentes que contribuem para o desenvolvimento econômico do país.

Neste contexto, não é demais lembrar que “boas leis têm o poder de direcionar a energia dos negócios e avançar a economia, enquanto leis ruins podem frear negócios e consequente, o crescimento<sup>36</sup>”.

Pelo exposto, inclina-se para a conclusão de que as associações sem fins lucrativos detêm de legitimidade ativa para ingressarem com pedido de recuperação judicial e terem o seu processamento deferido. Tal proposição se sustenta, dentre outros fatores, no dinamismo do direito empresarial e suas vertentes. Parece certo que a lei positivada não acompanha as transformações econômicas e, portanto, não é eficaz em tutelar as necessidades oriundas de todos os agentes econômicos, incluindo as associações sem fins lucrativos.

Assim, considerando que a lei é silente quanto à subordinação das associações sem fins lucrativos ao regime jurídico da recuperação judicial, a interpretação sistemática e teleológica das leis, princípios e normas que nortearam a criação da Lei 11.101/2005, é suficiente para embasar a hipótese ora aventada.

Desta maneira, considerando as transformações socioeconômicas vivenciadas – com foco no regime de insolvência –, sob o viés dos princípios da função social e da preservação da empresa, o estudo pretendeu contribuir para o debate acerca da reestruturação das associações sem fins lucrativos o que enseja, conseqüentemente,

<sup>36</sup> COOTER; ELTZ, 2017. p. 22.

a reinserção destes agentes no mercado, com claros benefícios para a ordem econômica do país.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARENGA, Darlan. Pedidos de recuperação judicial e falência crescem no país e atingem mais as pequenas empresas. G1. São Paulo, 19.05.2020. Disponível em: <<https://cutt.ly/kkmBL8n>>. Acesso em 22.09.2020.

BERCOVICI, Gilberto. O papel do Direito econômico diante da crise da Covid-19. Consultor Jurídico, São Paulo, 07.06.2020. Disponível em: <<https://cutt.ly/vkm4MV6>>. Acesso em: 20.09.2020.

BERTOLDI, Marcelo M; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Curso Avançado de Direito Comercial. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. “Trava Bancária” e “Trava Fiscal” na Recuperação Judicial – Tendências Jurisprudenciais Atuais. In:ELIAS, Luiz Vasco (coord.). 10 Anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Reflexões sobre a Reestruturação Empresarial no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2015. Fls. 307-343.

\_\_\_\_\_. et. al. Recuperação empresarial e falência. 2.ed. rev., atual. e ampl; São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

\_\_\_\_\_. Parecer Jurídico, de 02 de abril de 2020. Dispõe sobre a possibilidade (ou não) de a Associação Sociedade Brasileira de Instrução (ASBI) apresentar pedido de recuperação judicial.

BOMEY Nathan. National Rifle Association, at center of heated national gun debate, files for Chapter 11 bankruptcy protection. USA TODAY. McLean,15.01.2021. Disponível em <<https://cutt.ly/Wkm44Dj>>/. Acesso em 20.01.2021

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0031515-53.2020.8.19.0000. 6ª Câmara Cível Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro x Associação Sociedade Brasileira de Instrução e Instituto Cândido Mendes. Relator Nagib



Slabi Filho, 2 de setembro de 2020. Disponível em <<https://cutt.ly/CkmCIBa>>. Acesso em 25.09.2020.

CAMPINHO, Sérgio. Parecer Jurídico, de 02 de abril de 2020. Dispõe sobre a possibilidade (ou não) de a Associação Sociedade Brasileira de Instrução (ASBI) obter proteção judicial, por meio do instituto da recuperação judicial, a fim de poder enfrentar e superar a crise econômico-financeira.

CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. Dez anos da Lei n. 11.101/2005: estudo sobre a lei de recuperação e falência in CAVALLI, Cassio. A teoria da empresa na Recuperação Judicial, São Paulo: Almedina, 2015, p. 210.

COASE. Ronald. O problema do custo social. The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies. Vol. 3: No. 1, Article 9, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas. 11.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

COOTER, Robert Dandridge; SCHAFFER, Hans-Bernd; ELTZ, Magnum Koury de Figueiredo (org. e trad.). O Nó de Salomão: como o direito pode erradicar a pobreza das nações. Curitiba: CRV, 2017.

CUCOLO, Eduardo. Dados mostram a dimensão histórica do impacto da Covid-19 na economia. Folha de São Paulo, São Paulo, 11.07.2020. Disponível em <<https://folha.com/17j8xduy>>. Acesso em 20.09.2020

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Lei de Falência e recuperação de empresas. 7. ed. rev., atual., São Paulo: Atlas, 2015.

MACKAAY, Ejan; Rousseau, Stéphane. Análise Econômica do Direito. 2.ed. Trad. Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015. E-book. ISBN 9788522497652. Disponível em <<https://cutt.ly/ukm7qab>>. Acesso em 24.09.2020

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. Coleção fora de série. 21. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017. E-book, ISBN 9788530976996. Disponível em:<<https://cutt.ly/Kkm7w6T>>. Acesso em: 25.09.2020.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. Manual de metodologia da pesquisa no direito. 5 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 65-68.

MONTEQUIEU, Charles de Secondat. O Espírito das Leis. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NORTH, D. C. Economic performance through time. The American Economic Review, v. 84, n. 3, p. 359-368, jun. 1994.

PEREIRA, Guilherme Teixeira. A função social da empresa com posição dominante no mercado. In PEREIRA, Guilherme Teixeira. Direito societário e empresarial: Reflexões jurídicas. São Paulo: Quarter Latin, 2009. Fls. 100-118.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Exercício de atividade empresária por associação: avanço ou retrocesso social?. In: FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Uinie (Org.). Associações: Constituição, Fundamentos e Perspectivas. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017, p. 129-152.

SONAGLI, Joseliane; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. A Teoria de Coase e o Papel Do Direito Para a Eficiência Das Relações Empresariais. Economic Analysis Of Law Review, v 8 n 1. Jan-jun,2017. p. 18-34, Disponível em: <<https://cutt.ly/Xkm7jz3>> . Acesso em 23.09.2020.

SZTAJN, Raquel. Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados, 2. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010. E-book. ISBN 9788522465439. Disponível em: <<https://cutt.ly/hkm7sbT>> . Acesso em: 23.09.2020

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Parte geral. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

WILHELM, Alcides. A efetividade da recuperação judicial e a preservação da empresa: aspectos polêmicos da lei da recuperação de empresas e falência (Lei 11.101/05). Curitiba: Instituto Memória, Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2020



# O NOVO ENTENDIMENTO DO STF SOBRE O FUNRURAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO AGRONEGÓCIO E RECUPERAÇÕES JUDICIAIS

## THE RECENT UNDERSTANDING IN THE STF ABOUT FUNRURAL AND ITS CONSEQUENCES FOR AGRIBUSINESS AND CASES UNDER CHAPTER 11

Aletheia Cristina Biancolini D'Ambrosio\*

### RESUMO

O artigo demonstra as consequências causadas pela recente mudança de entendimento na Suprema Corte ante a incidência da contribuição previdenciária (FUNRURAL) sobre o agronegócio e as recuperações judiciais.

### ABSTRACT

*The article demonstrates the consequences due to recent understanding change in the Supreme Court on the impact of the social security contribution (FUNRURAL) on agribusiness and cases under Chapter 11 (U.S. Bankruptcy Code 11).*

### SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO
2. O QUE É FUNRURAL?
3. PROBLEMÁTICA: A VARIAÇÃO NO ENTENDIMENTO DA SUPREMA CORTE
  - 3.1 RECURSO EXTRAORDINÁRIO 363.852 DE 2010
  - 3.2 RECURSO EXTRAORDINÁRIO 596.177 DE 2011

\* Especialista em contratos empresariais pela Universidade Federal do Paraná, Administradora Judicial pela Escola da Magistratura do Paraná e IBAJUD, professora de Direito em cursos profissionalizantes, advogada militante em Direito da Insolvência, Consultora, Auxiliar Jurídica de massa falida, membro da Comissão de Recuperação Judicial e Falências da OAB/PR, foi Professora na pós-graduação da Universidade Positivo, Palestrante.

- 3.3 RECURSO EXTRAORDINÁRIO 761.263 DE 2017
4. INSEGURANÇA JURÍDICA
5. CONSEQUÊNCIAS NO AGRONEGÓCIO E RECUPERAÇÕES JUDICIAIS
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### 1. INTRODUÇÃO

Desde 2010, havia entendimento consolidado perante a Suprema Corte de que seria inconstitucional a contribuição do empregador rural pessoa física ao Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural (Funrural).

Tal compreensão havia sido reforçada em 2011, de forma que milhares de produtores rurais obtiveram liminares e passaram a não recolher tal contribuição previdenciária.

Tais decisões se basearam no flagrante ataque ao princípio da isonomia dos contribuintes, fazendo com que a jurisprudência estivesse bastante sedimentada acerca da inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei 8.540/92 (dispõe sobre a contribuição do empregador rural para a seguridade social e determina outras providências).

Ocorre que, na contramão da atividade rural e das recuperações judiciais de produtores rurais, a Suprema Corte recentemente apresentou entendimento diametralmente oposto, provocando dificuldades ainda maiores ao setor.

O objetivo do presente trabalho é analisar as possíveis consequências de tal mudança de paradigma e não tecer críticas ao mérito da decisão. Visa-se compreender didaticamente o que é o Funrural, depois fazer uma análise dos julgados do STF a seu respeito, em conjunto com uma análise sistemática e compreensão holística do tema.

Dessa forma, busca-se avaliar as possíveis consequências econômicas e os impactos sofridos pelo setor a partir das mudanças ocorridas decorrentes da nova tese da Suprema Corte.

Para tanto, recorreu-se especialmente aos julgados, de forma a destacar os pontos mais importantes que fundamentaram aquelas decisões. Lembrando da responsabilidade sócio-política da Corte Constitucional perante o Estado e os Contribuintes.



## 2. O QUE É FUNRURAL?

Para entender as consequências da cobrança do Funrural, tornam-se necessárias algumas considerações gerais, entender onde se enquadra no Sistema Tributário Nacional, o que significa, quem é abrangido por sua incidência e quem é beneficiário de tal contribuição, facilitando a compreensão do tema.

A Constituição Federal, em seu artigo 145, menciona a existência de três tipos de tributos, quais sejam: impostos, taxas e contribuições de melhoria. Embora sejam mencionados apenas esses três tipos de tributos, destacados doutrinadores também entendem que a própria Norma Constitucional permite a inclusão dos “empréstimos compulsórios” e as “contribuições especiais”, as quais abrangem o Funrural.

O Código Tributário Nacional, ao seu passo, indica em seu artigo 3º a definição: “tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

Como a Constituição da República não traz definições de “tipos de tributos”, apenas se verifica que no artigo 145, § 1º, aponta que, na medida do possível, tais tipos de tributos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte. E a capacidade contributiva tem suma relevância do Sistema Tributário Nacional, justamente porque está intimamente ligado ao princípio da igualdade aplicado ao direito tributário, buscando trazer para os tributos a observância das desigualdades, especialmente econômicas entre contribuintes. Segundo Roque Carraza:

“O princípio da capacidade contributiva hospeda-se nas dobras do princípio da igualdade e ajuda a realizar, no campo tributário, os ideais republicanos. Realmente, é justo e jurídico que quem, em termos econômicos, tem muito pague, proporcionalmente mais imposto do que quem tem pouco. Quem tem maior riqueza deve, em termos proporcionais, pagar mais imposto do que quem tem menor riqueza. Noutras palavras, deve contribuir mais para a manutenção da coisa pública. As pessoas, pois, devem pagar impostos na proporção dos seus haveres, ou seja, de seus índices de riqueza”<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> CARRAZZA, Roque Antonio; “Curso de Direito Constitucional Tributário”, 17ª ed., São Paulo : Malheiros, 2002;

Considerando o objeto do presente estudo, vale ressaltar que o Funrural pertence ao grupo das “contribuições sociais genéricas”: que são aquelas contribuições especiais que não têm com amparo constitucional o artigo 195 da Constituição Federal. Ou seja, apesar de possuir como objeto o custeio da Seguridade Social, esses tributos não estão previstos nesse dispositivo. Existem doutrinadores, entretanto, que consideram tais contribuições e aquelas destinadas à Seguridade Social como se fossem uma espécie só, o que também é aceito.

Portanto, o artigo 149 da Constituição Federal confere competência tributária para que a União crie contribuições sociais, de intervenção do domínio econômico e de interesses de categorias profissionais e econômicas, subordinadas às regras do Sistema Tributário Nacional:

Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União.

§ 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o caput deste artigo:

- I - não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação;
- II - incidirão também sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços;
- III - poderão ter alíquotas:
  - a) ad valorem, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro;
  - b) específica, tendo por base a unidade de medida adotada.

§ 3º A pessoa natural destinatária das operações de importação poderá ser equiparada a pessoa jurídica, na forma da lei.



§ 4º A lei definirá as hipóteses em que as contribuições incidirão uma única vez.

Fora as contribuições mencionadas no artigo 149, necessário abordar as contribuições previstas no artigo 195 da Constituição Federal, que se destinam a financiar a “Seguridade Social”:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

- a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;
- b) a receita ou o faturamento;
- c) o lucro;

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;

III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

Visando facilitar o entendimento, para o presente estudo será adotado o critério do professor José Eduardo Soares de Melo<sup>23</sup>, que entende que todas estas são chamadas “contribuições especiais”, das quais o Funrural se inclui na subdivisão “contribuições sociais genéricas, como se vê:

- (i) contribuições de intervenção no domínio econômico;
- (ii) contribuições à Seguridade Social;
- (iii) contribuições sociais genéricas; e
- (iv) contribuições de interesse de categorias profissionais.

2 SOARES DE MELO, José Eduardo; “Contribuições Sociais no Sistema Tributário”, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

3 SOARES DE MELO, José Eduardo; “Curso de Direito Tributário”, 5ª ed., São Paulo: Dialética, 2004.

Assim, entendido como tal contribuição se coloca no Sistema Tributário Nacional, pode-se dizer que o Funrural, Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural é um imposto de contribuição previdenciária, incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção rural.

Sua alíquota é de 2,3% (dois vírgula três por cento), dos quais 2% (dois por cento) são destinados ao INSS, 0,1% (zero vírgula um por cento) destinados ao RAT (Risco Ambiental do Trabalho) e finalmente, 0,2% (zero vírgula dois por cento) ao SENAR (Serviço Nacional de Aprendizagem Rural).

O valor proveniente do Funrural destina-se, portanto, ao financiamento da Previdência Social dos trabalhadores rurais, no que concerne exemplificativamente, a pensão, serviço social, aposentadoria por invalidez ou velhice e serviço de saúde, tendo como obrigação pelo recolhimento o produtor rural pessoa física, o produtor rural pessoa jurídica e, a empresa adquirente na condição de sub-rogada nas obrigações do produtor rural pessoa física e do segurado especial, de acordo com as circunstâncias previstas na Instrução Normativa 971/09 da Receita Federal, artigo 184<sup>4</sup>.

A instituição do Funrural se iniciou na década de 60, sofrendo mudanças importantes ao longo do tempo. A sua cobrança nunca foi unânime, gerando muitas dúvidas quanto às alíquotas, forma de pagamento, multas e aposentadoria.

O recolhimento do Funrural abrange três segmentos de produtores rurais:

- Pessoa física que não tem empregados;
- Pessoa física que tem empregados;
- Produtor rural pessoa jurídica que tem empregados.

O seu recolhimento é obrigatório, todavia, a contribuição ao Funrural não garante direito à aposentadoria do produtor rural. Aspecto pouco levado em consideração nos julgados, o que soa bastante incoerente a quem realiza um estudo mais aprofundado do tema. Logo, além do Funrural, é necessária a contribuição ao INSS de forma individual para que o produtor rural faça jus à aposentadoria.

4 Art. 184. As contribuições sociais incidentes sobre a receita bruta oriunda da comercialização da produção são devidas pelo produtor rural, sendo a responsabilidade pelo recolhimento:



A alíquota do Funrural – percentual com o qual o tributo incide no valor tributado – incide sobre a receita bruta decorrente da comercialização de produto rural; sendo que existem duas alíquotas para o Funrural:

- Pessoa Física: a alíquota é de 1,5% (1,2% INSS + 0,1% RAT + 0,2% SENAR) e está em vigor desde 1º de Janeiro de 2018;
- Pessoa Jurídica: a alíquota é de 2,05% (1,7% INSS + 0,1% RAT + 0,25% SENAR), válida desde 18 de Abril de 2018.<sup>5</sup>

O recolhimento do tributo não é simples, na medida em que pode incidir sobre folha de pagamento ou faturamento, devendo-se analisar caso a caso. Contudo, ante indefinição e discussão sobre o tema, exige-se a elaboração de um planejamento tributário complexo. Planejamento este, que não é facilmente acessado por produtores rurais que atuam em regime de agricultura familiar.

Outro aspecto que merece destaque, é a existência de multas, que variam de 75 a 225% do tributo devido. O alto percentual das multas torna o tema ainda mais sensível, sendo que eventuais renegociações de dívidas oriundas do Funrural, serão feitas pelo Programa de Regularização Rural (PRR), no qual o produtor rural poderá quitar suas dívidas tributárias.

### **3. PROBLEMÁTICA: A VARIAÇÃO NO ENTENDIMENTO DA SUPREMA CORTE**

#### **3.1 RECURSO EXTRAORDINÁRIO 363.852 DE 2010**

Aos 03 de fevereiro de 2010, no Recurso Extraordinário 363.852 de Minas Gerais, um frigorífico questionou a constitucionalidade do artigo 1º da Lei 8.540/92 (Dispõe sobre a contribuição do empregador rural para a seguridade social e determina outras providências, alterando dispositivos das Leis n/s 8.212, de 24 de julho de 1991 e 8.315, de 23 de dezembro de 1991).

Para facilitar a compreensão geral dos termos do julgado, segue sua ementa:

<sup>5</sup> Caderno Agronegócios

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PRESSUPOSTO ESPECÍFICO - VIOLÊNCIA À CONSTITUIÇÃO - ANÁLISE - CONCLUSÃO. Porque o Supremo, na análise da violência à Constituição, adota entendimento quanto à matéria de fundo do extraordinário, a conclusão a que chega deságua, conforme sempre sustentou a melhor doutrina - José Carlos Barbosa Moreira -, em provimento ou desprovimento do recurso, sendo impróprias as nomenclaturas conhecimento e não conhecimento. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - COMERCIALIZAÇÃO DE BOVINOS - PRODUTORES RURAIS PESSOAS NATURAIS - SUB-ROGAÇÃO - LEI Nº 8.212/91 – ARTIGO 195, INCISO I, DA CARTA FEDERAL – PERÍODO ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98 - UNICIDADE DE INCIDÊNCIA-EXCEÇÕES-COFINSE CONTRIBUIÇÃO SOCIAL-PRECEDENTE-INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR. Ante o texto constitucional, não subsiste a obrigação tributária subrogada do adquirente, presente a venda de bovinos por produtores rurais, pessoas naturais, prevista nos artigos 12, incisos V e VII, 25, incisos I e II, e 30, inciso IV, da Lei nº 8.212/91, com as redações decorrentes das Leis nº 8.540/92 e nº 9.528/97. Aplicação de leis no tempo - considerações.(RE 363852, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 03/02/2010, DJe-071 DIVULG 22-04-2010 PUBLIC 23-04-2010 EMENT VOL- 02398-04 PP-00701 RTJ VOL-00217-01 PP-00524 RET v. 13, n. 74, 2010, p. 41-69)”.

Em suma, em brilhante Relatoria, o Ministro Marco Aurélio de Mello entendeu pela inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei 8.540/1992<sup>6</sup>, porque carece de legislação nova que

<sup>6</sup> Art. 1º A Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, passa a vigorar com alterações nos seguintes dispositivos:

“Art. 12. ....

V.....

a) a pessoa física, proprietária ou não, que explora atividade agropecuária ou pesqueira, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou por intermédio de prepostos e com auxílio de empregados, utilizados a qualquer título, ainda que de forma não contínua; (Revogado)

(Suspensa pela Resolução do Senado Federal nº 15, de 2017)

b) a pessoa física, proprietária ou não, que explora atividade de extração mineral garimpo, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou por intermédio de prepostos e com auxílio de empregados, utilizados a qualquer título, ainda que de forma não contínua; (Revogado)

(Suspensa pela Resolução do Senado Federal nº 15, de 2017)

c) o ministro de confissão religiosa e o membro de instituto de vida consagrada e de congregação ou de ordem religiosa, este quando por ela mantido, salvo se filiado obrigatoriamente à Previdência Social em razão de outra atividade, ou a outro sistema previdenciário, militar ou civil, ainda que na condição de inativo; (Revogado)

(Suspensa pela Resolução do Senado Federal nº 15, de 2017)

d) o empregado de organismo oficial internacional ou estrangeiro em funcionamento no Brasil, salvo quando coberto por sistema próprio de previdência social; (Revogado)

(Suspensa pela Resolução do Senado Federal nº 15, de 2017)



venha a instituir a contribuição. Acatou inclusive a tese do frigorífico de que “a crença de que todos devem participar do custeio da seguridade social não pode ser levada ao extremo de

e) o brasileiro civil que trabalha no exterior para organismo oficial internacional do qual o Brasil é membro efetivo, ainda que lá domiciliado e contratado, salvo quando coberto por sistema de previdência social do país do domicílio; (Revogado)

(Suspensa pela Resolução do Senado Federal nº 15, de 2017)

Art. 22. ....

5º O disposto neste artigo não se aplica à pessoa física de que trata a alínea a do inciso V do art. 12 desta lei.

Art. 25. A contribuição da pessoa física e do segurado especial referidos, respectivamente, na alínea a do inciso V e no inciso VII do art. 12 desta lei, destinada à Seguridade Social, é de:

I dois por cento da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção; (Revogado)

(Suspensa pela Resolução do Senado Federal nº 15, de 2017)

II um décimo por cento da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção para financiamento de complementação das prestações por acidente de trabalho .

(Suspensa pela Resolução do Senado Federal nº 15, de 2017)

1º O segurado especial de que trata este artigo, além da contribuição obrigatória referida no caput poderá contribuir, facultativamente, na forma do art. 21 desta lei.

2º A pessoa física de que trata a alínea a do inciso V do art. 12 contribui, também, obrigatoriamente, na forma do art. 21 desta lei.

3º Integram a produção, para os efeitos deste artigo, os produtos de origem animal ou vegetal, em estado natural ou submetidos a processos de beneficiamento ou industrialização rudimentar, assim compreendidos, entre outros, os processos de lavagem, limpeza, descaroçamento, pilagem, descascamento, lenhamento, pasteurização, resfriamento, secagem, fermentação, embalagem, cristalização, fundição, carvoejamento, cozimento, destilação, moagem, torrefação, bem como os subprodutos e os resíduos obtidos através desses processos.

4º Não integra a base de cálculo dessa contribuição a produção rural destinada ao plantio ou reflorestamento, nem sobre o produto animal destinado a reprodução ou criação pecuária ou granjeira e a utilização como cobaias para fins de pesquisas científicas, quando vendido pelo próprio produtor e quem a utilize diretamente com essas finalidades, e no caso de produto vegetal, por pessoa ou entidade que, registrada no Ministério da Agricultura, do Abastecimento e da Reforma Agrária, se dedique ao comércio de sementes e mudas no País.

5º (Vetado).

Art. 30. ....

IV - o adquirente, o consignatário ou a cooperativa ficam sub-rogados nas obrigações da pessoa física de que trata a alínea a do inciso V do art. 12 e do segurado especial pelo cumprimento das obrigações do art. 25 desta lei, exceto no caso do inciso X deste artigo, na forma estabelecida em regulamento; (Suspensa pela Resolução do Senado Federal nº 15, de 2017)

X - a pessoa física de que trata a alínea a do inciso V do art. 12 e o segurado especial são obrigados a recolher a contribuição de que trata o art. 25 desta lei no prazo estabelecido no inciso III deste artigo, caso comercializem a sua produção no exterior ou, diretamente, no varejo, ao consumidor.

.....”

que a contribuição se faça a qualquer custo e sobre todas as fontes evidenciadas no artigo 195, inciso I, da Constituição Federal”.

Para o Ministro, deveriam ser consideradas as características da atividade de determinados empregadores. Portanto, aqueles “que não possuem faturamento nem lucro como os empregadores rurais, pessoas físicas, contribuem somente sobre a folha de salários, sem que isso signifique a sua exclusão do universo de contribuintes, e aqueles que não possuem empregados, exercendo suas atividades rurais em regime de economia familiar, não contribuem sobre a folha de salários, nem sobre o lucro, mas contribuem sobre o resultado da comercialização da sua produção”.

Portanto, o Ministro Marco Aurélio apontou a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei 8.540/1992, justamente porque o resultado da comercialização da produção constituía base de cálculo da contribuição social apenas para os produtores rurais que exercessem suas atividades pelo sistema de economia familiar, sem empregados, restando inviável que se estendesse essa hipótese de incidência aos demais empregadores rurais mediante lei ordinária, equiparando àqueles aos segurados especiais.

Ficou consignado no voto do ministro, que o artigo 195<sup>7</sup> da Constituição Federal é exaustivo, e que a instituição da cobrança iria impor ao produtor rural um duplo recolhimento com a mesma destinação, o financiamento da seguridade social. Ora, o produtor rural pessoa física paga contribuição sobre folha de salários e de outro lado, também paga CONFIN, não havendo lugar para esse novo ônus.

7 Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro;

[...]

§ 8º O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei.



Se o artigo 150, II da Constituição da República veda o tratamento diferenciado a contribuintes em situação equivalente, o artigo 1º da Lei 8540/1992 de fato, é inconstitucional.

Num resumo extremo, ficaram evidenciados dois problemas: 1) a duplicidade, considerando o faturamento; 2) a quebra de isonomia, até porque a “comercialização” é algo diverso do “faturamento”.

Além desses aspectos, se considerarmos o contido na Lei 8.212/1991 (que dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências), verifica-se que nenhum dos seus preceitos “autoriza ou poderia autorizar o Poder Executivo a determinar, por ato seu, no exercício da função regulamentar, o fato gerador da contribuição social. O Código Tributário Nacional estabelece, em seu art. 97, III e 114, que somente lei pode fixar o fato gerador de tributo”. Por tal motivo, impossível a exigência do tributo dos empregadores rurais pessoas físicas e dos segurados especiais.

### 3.2 RECURSO EXTRAORDINÁRIO 596.177 DE 2011

A Suprema Corte manteve o mesmo entendimento no Recurso Extraordinário 363.852, interposto por um produtor rural de Santa Catarina, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4) que, ao negar provimento a apelação em mandado de segurança, entendeu ser constitucional essa contribuição sobre a receita bruta, nos termos do artigo 25 da Lei nº 8.212/91, após alteração promovida pela Lei nº 8.540/92.

O produtor rural alegou ofensa aos artigos 195, parágrafo 4º, e 154, inciso I, da Constituição Federal. Argumentou que tal recolhimento significaria desrespeito ao princípio constitucional da igualdade, pois, contribuiria tanto para a Previdência sobre a folha de seus empregados (como ocorre com as pessoas jurídicas), também teria que recolher a contribuição sobre a receita bruta de sua produção, exigência essa que não é feita a nenhum outro segmento.

Também indicou que, como se trata de uma nova base de contribuição, somente poderia ser instituída por lei complementar, e não por lei ordinária, como é o caso da norma contestada e por diversas outras que a validaram posteriormente, até a Lei 10.256/2001.

Assim, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, Ministro Ricardo Lewandowski deu provimento ao recurso extraordinário. Em tal decisão, o Plenário se apoiou em sua decisão de 3 de fevereiro de 2010 (Recurso Extraordinário 363852), sendo, novamente, declarada a inconstitucionalidade do mesmo dispositivo.

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo provimento do recurso.

### 3.3 RECURSO EXTRAORDINÁRIO 761.263 DE 2017

Em março de 2017, diferente dos recursos extraordinários antes elencados, ocorreu uma reviravolta na tese do Funrural, por seis votos a cinco, os ministros votaram pela validade da cobrança da respectiva contribuição (RE 718.874).

De relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, o julgado teve a seguinte ementa: “EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. SEGURADO ESPECIAL. ARTIGO 195, § 8º, DA CF/1988. RESULTADO DA COMERCIALIZAÇÃO DA PRODUÇÃO. ART. 25 DA LEI 8.212/1991, DESDE SUA REDAÇÃO ORIGINÁRIA. RECEITA BRUTA. BASE DE CÁLCULO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.

1. Em razão dos vícios de inconstitucionalidade apontados por esta CORTE nos REs 363.852 e 596.177, somente o empregador rural pessoa física foi excluído como sujeito passivo da contribuição previdenciária prevista no artigo 25 da Lei 8.212/1991, de modo que o tributo continuou a existir, com plena vigência e eficácia em relação aos segurados especiais.

2. A base de cálculo compilada no artigo 25, I e II, da Lei 8.212/1991, editado para regulamentar o § 8º do artigo 195 da CF, fixando a alíquota de 3% (três por cento) da receita bruta proveniente da comercialização da produção do produtor rural sem empregados, por observar a base de cálculo que foi definida pelo próprio texto constitucional, é plenamente constitucional em relação ao segurado especial.

3. É absolutamente legítima a previsão, em lei ordinária, da contribuição do segurado especial tendo por base a receita bruta proveniente da comercialização da sua produção. Diferentemente do que sustenta o recorrente, tal exação tem por fundamento constitucional o § 8º, e não o § 4º do art. 195.



4. Recurso extraordinário desprovido, com afirmação de tese segundo a qual “É constitucional, formal e materialmente, a contribuição social do segurado especial prevista no art. 25 da Lei 8.212/1991.”

Como se pode notar do item 3 da ementa alhures, o entendimento da Suprema Corte mudou radicalmente: enquanto que por mais de meia década (2010 - RE 363.852 e RE 596.177) o entendimento do STF reafirmava no sentido da inconstitucionalidade do artigo 25 da lei 8.212/91 que previa o pagamento desse Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural (Funrural) sobre a receita da produção rural, a partir desse novo julgado, a situação dos produtores rurais se torna bastante complicada.

Em abril de 2020, por seis votos a 4, o Plenário do STF julgou constitucional a cobrança da contribuição para o Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural (Funrural) incidente sobre a produção de segurados especiais. A matéria foi examinada no Recurso Extraordinário, com repercussão geral reconhecida (Tema 723).

#### **4. INSEGURANÇA JURÍDICA**

O mínimo de cautela faz entender que a mudança de entendimento da Suprema Corte, além dos impactos no setor do agronegócio e nas recuperações judiciais de produtores rurais, causa indubitavelmente séria insegurança jurídica, reforçando a pecha de que o Brasil é um país difícil para empreender.

Não se trata de uma crítica, mas de verificação da realidade, na medida em que o Supremo Tribunal Federal, dada a sua relevância, precisa estar sensível às consequências de seus julgados num cenário mais holístico do que o eminentemente jurídico, dada a concepção de que o Direito é uma ciência interdisciplinar, mesclando-se com Economia, Finanças, Sociologia, entre muitas outras.

Em primoroso voto divergente, o ministro Edson Fachin alerta de forma contundente sobre a insegurança jurídica causada pelo novo entendimento: “Ao meu ver, este tribunal alterou sem dúvida alguma o caminho que vinha trilhando sobre esta matéria. E de modo algum estou a colocar o debate de mérito novamente, ainda que tenha sido vencido e não convencido”.

E o não convencimento do ministro Fachin tem razão de ser, já que o Pleno julgou o primeiro

recurso extraordinário, em 2010, e assentou a inconstitucionalidade (RE 363.852), reafirmada novamente em 2011 (RE 596.177). Mais tarde, no recurso extraordinário apreciado em 2017, considerou-se o tema constitucional, fazendo-se um “fatiamento” da decisão.

Acrescenta o ministro Fachin: “A mudança do entendimento adotado pela corte no sentido da inconstitucionalidade na cobrança da contribuição social afeta a segurança jurídica dos contribuintes”.

Também destacou a diferença entre o empregador rural pessoa física do segurado especial que desempenha atividade em regime de economia familiar: “não nos parece abalizada, em nível constitucional, a afirmação de que a contribuição social instituída pelo art. 25 da Lei 8.212/91 e incidente sobre o empregador rural pessoa física aplicar-se-ia ao segurado especial que recebeu tratamento constitucional próprio no art. 195, §8º”.

Para demonstrar o agravamento da situação, o ministro Fachin alertou que milhões de contribuintes acreditaram durante quase uma década na inconstitucionalidade da norma. Portanto, estaria sendo questionado o princípio da segurança jurídica e ferida a confiança do contribuinte nas decisões. Ele foi acompanhado por Rosa Weber e Marco Aurélio, mas o entendimento ficou vencido. O ministro Lewandowski mudou seu entendimento em relação aos julgados anteriores.

O poder de tributar do Estado não pode impedir certas atividades econômicas, não podendo olvidar-se de uma interpretação sistêmica, compreendendo as próprias contingências que o processo econômico envolve.

Alertou a grave quebra da isonomia com dados econômicos relevantes: “Por outro lado, a literatura econômica dá conta de que o volume de tributos federais pagos por esse setor econômico cresceu em 6,62% ao ano, conquanto os gastos públicos federais voltados à agropecuária foram acrescidos em apenas 4,08% em idêntico lapso temporal Assim, somente em 2010, é possível observar que o volume de recursos retirados do setor sob a forma de tributos federais (R\$ 21,2 bilhões) excede substancialmente o volume de recursos gastos pela União com o setor (R\$ 14,7 bilhões)”.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> RE 761.263



Em resumo, a pretensão da Fazenda em destinar tratamento tributário igual ao segurado especial padece de grave inconstitucionalidade material. Assim, evidencia-se grave insegurança jurídica, na medida que se acata como “constitucional” flagrante ataque ao princípio da isonomia, porque há injustificado tratamento igualitário em relação aos empregadores pessoa física e o segurado especial em regime de agricultura familiar.

## 5. CONSEQUÊNCIAS NO AGRONEGÓCIO E RECUPERAÇÕES JUDICIAIS

Sem adentrar no mérito, nem tampouco nas razões da mudança radical de entendimento, visamos, pelo referido trabalho, contextualizar os impactos que tal mudança trouxe - não só no cenário do agronegócio – mas também no caso das recuperações judiciais de produtores rurais que estão em curso.

Evidentemente, a reviravolta do último julgado da Suprema Corte sobre o tema do Funrural, vai acarretar o surgimento do expressivo passivo perante a União e com a obrigação do recolhimento regular do tributo em questão, evidenciando-se drásticas alterações no aspecto financeiro da atividade rural. Sem olvidar, a repercussão de tudo isso na atividade do produtor rural em Recuperação Judicial.

Como visto, tal mudança causada pelo julgamento do RE 718.874 colocou os produtores rurais contribuintes em situação de inadimplência perante a União, correspondente a um enorme passivo tributário decorrente do período de 2011 até 2017.

Tudo isso porque inúmeros contribuintes do setor do agronegócio, desde a metade do ano de 2010, exerceram suas atividades econômicas sem proceder ao recolhimento do Funrural, amparados por liminares na Justiça (existem cerca de 15 mil ações judiciais), decorrentes de precedentes, ora superados, do STF, restando, pois, mais de 7 Bilhões a serem pagos à União. Talvez o relator não tenha se atentado que o número de ações judiciais em andamento seria tão grande.

O fato sobre o qual não resta dúvida, é que a regularização do débito supramencionado pelos produtores rurais inadimplentes durante o interregno da inconstitucionalidade do Funrural, mesmo que sob condições diferenciadas previstas pela lei 13.606/18 (Programa de Regularização Tributária Rural - PRR), também chamado de Refis do FUNRURAL, será muito complicado. Comprometerá de maneira decisiva a saúde financeira da atividade rural

desenvolvida, principalmente diante de fatores como a oscilação do dólar, altos custos de produção, logística deficitária e burocracia, inviabilizando a atividade do agronegócio.

Um bom exemplo disso, são os leilões ocorridos na atividade de pecuária: os interessados compram e vendem 4 ou 5 vezes ao ano com o mesmo capital, sobre o que deverá ser contabilizado os 2,3% de Funrural por 4 ou 5 vezes, isso durante o período retroativo de 05 anos, ou seja, resta uma obrigação notadamente impossível de ser adimplida, o que acarreta ao respectivo produtor rural gravíssima situação de insolvência.

Inclusive, a Sociedade Rural Brasileira – SRB, já se manifestou sobre o tema: “Os efeitos aos mercados agropecuários, já combalidos por outras fraturas de insegurança jurídica e institucional do País, são catastróficos e poderão ensejar a falência de muitos produtores e agroindústrias”.

Se o panorama se mantiver nesse nível, quase a absoluta maioria das recuperações judiciais de produtor rural podem todas se convolar em falências.

De acordo com o Instituto de Economia Agrícola- IEA, as consequências causadas pela cobrança do Funrural podem chegar a 20% da receita líquida do produtor rural e ainda, vai afetar de maneira mais contundente os pequenos produtores, conforme estudos da Scot Consultoria, dificultando ainda mais a permanência destes no mercado.

Conforme dados trazidos pela Secretaria da Receita Federal referentes ao ano de 2013, a carga tributária no Brasil equivale a 35,95% do Produto Interno Bruto, o que representa aproximadamente 1,74 trilhão de reais em arrecadação tributária, sendo que no mesmo referencial de tempo o PIB teve um crescimento acumulado na ordem de 2,5% em relação ao ano anterior. Inclusive, o referido estudo assinalou que o resultado apresentado derivou, em grande parte, do bom desempenho do setor econômico da agropecuária no período em questão.

Ocorre que a literatura econômica demonstra que o volume de tributos federais pagos por esse setor econômico cresceu em 6,62% ao ano, conquanto os gastos públicos federais voltados à agropecuária foram acrescidos em apenas 4,08% em idêntico lapso temporal. Portanto, somente em 2010, nota-se que o volume de recursos usurpados do setor sob a forma de tributos federais (R\$ 21,2 bilhões) excede consideravelmente o volume de recursos gastos pela União com o setor (R\$ 14,7 bilhões).



No mencionado estudo de autoria dos economistas Carlos José Bacha e Leonardo Regazzini evidencia-se que o volume de tributos que o agricultor brasileiro paga atualmente vem excedendo em grande volume o custo dessas políticas e contribuindo, dessa forma, para o superávit fiscal.

Assim, com o cenário desfavorável, os produtores rurais que ainda não se utilizaram do instituto da Recuperação Judicial ou da autofalência, regulados pela lei 11.101/05, serão inevitavelmente impulsionados a buscar estas saídas, dada a situação crítica que o vultoso passivo tributário que será ocasionado pelo novo entendimento do STF em debate. Por sua vez, ocorrerá inevitável efeito cascata, que ocasionará sério desarranjo nas demais obrigações creditícias: dívidas bancárias, de fornecedores, pagamento de empregados, entre outros.

Outra consideração importante a ser feita, se dá ao fato de que os produtores rurais que recaírem em Dívida Ativa com a União por conta da inadimplência gerada do Funrural, sem a devida regularização/refis, terão dificuldades ainda superiores para acesso ao crédito, uma vez que o produtor precisa de capacidade de pagamento e cadastro no agente financeiro.

Nesse cenário, não é muito pessimista afirmar que haverá um considerável aumento dos pedidos de Recuperação Judicial pelos produtores rurais, que, à primeira vista, e sob o risco de ter seu patrimônio pessoal reduzido para o pagamento dos credores, podem enxergar na utilização do instituto a solução das suas dificuldades de arcar com seus compromissos, visando a repactuação dos débitos em prol da preservação da empresa e sua função social. Ocorre, que para tal pedido, de acordo com entendimento do Superior Tribunal de Justiça, dentre outras exigências, necessário se faz a comprovação documental da qualidade de empresário e exercício da atividade pelo mínimo de dois anos, mediante a juntada de certidão de inscrição na Junta Comercial.

Na mesma proporção em que se acredita haver significativo aumento dos pedidos de Recuperação Judicial pelos produtores rurais, em decorrência do passivo do Funrural, esta alta obrigação tributária repercutirá de forma muito negativa nos processos já em curso de Recuperação Judicial de produtores rurais.

E chega-se a tal conclusão se dá visto que, quando ocorre o deferimento da Recuperação Judicial, a dificuldade de acesso ao crédito que já era grande, passa a ser intransponível. Pois,

estando em estado de insolvência reconhecido, os agentes cedentes de crédito imediatamente deixam de concedê-lo, dado ao alto custo interno desse tipo de operação aos Bancos.

Tal fenômeno ocorre porque: para cada real emprestado à uma empresa/produtor rural em recuperação judicial (por determinação do Banco Central e do Conselho Monetário Nacional) a instituição financeira deve provisionar internamente outro real. Ou seja: a classificação do “rating” bancário, vai de “AA”, onde a provisão pelo banco é de 0%; até H, que é o cenário mais dramático (cuja provisão pelo banco deve ser de 100%). Pelo comando da Resolução CMN 2.682/99 e da Circular BC 3.648/13, as instituições financeiras devem classificar o crédito para empresas com plano de recuperação aprovado como “H”, o que obriga as Instituições Financeiras a provisionar 100% do valor emprestado como garantia da operação.

Deste modo, as Instituições Financeiras certamente vão optar por outros negócios, ficando os produtores rurais em Recuperação Judicial desamparados e sem opção de obtenção de crédito, na contramão da reestruturação e soerguimento, exatamente dentro do espírito de preservação da atividade econômica que visa a Lei 11.101/2005.

Para agravar o cenário, embora as dívidas tributárias não se sujeitem aos efeitos da Recuperação Judicial, nos termos do artigo 6º, §7º, da lei 11.101/052, não se pode negar que o processo de Recuperação Judicial do produtor rural restará prejudicado, pelo inesperado expressivo passivo do Funrural. O que impactará sobremaneira, na fase de cumprimento do plano de recuperação judicial e concessão do benefício. Ainda, tal débito fiscal deverá estar regularmente adimplido e/ou parcelado de acordo com legislação especial vigente, sob pena de inviabilidade da emissão de Certidão Negativa Tributária e/ou Positiva com Efeitos de Negativa. E, considerando o recente julgado do STF<sup>9</sup>, as recuperações judiciais podem se tornar um caminho sem volta para a atividade, ou seja, falência.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ponto mais sensível acerca do tema é justamente a falta de segurança jurídica encontrada pelos empreendedores rurais, especialmente aqueles que exercem sua atividade produtiva no sistema de agricultura familiar.

<sup>9</sup> Reclamação 43.169, STF. Foi atendido o pedido da União para exigir a CND para a concessão de recuperação judicial, em flagrante choque com a sedimentada jurisprudência a respeito do tema.



Outro detalhe fundamental que parece ter sido olvidado, é o grande número de ações em curso, promovidas por produtores rurais, visando discutir o tema, ante a já consolidada jurisprudência acerca da contribuição previdenciária em comento (Funrural).

A análise de cada caso de repercussão geral não pode furtar-se a todos os aspectos, não podendo limitar-se “à letra fria da lei”, especialmente quando a Constituição da República é clara quanto ao problema da paridade entre contribuintes sob mesma hipótese de incidência, consagrada pelo Princípio da Isonomia.

O monopólio do Estado sobre a tributação não tem o condão de inviabilizar a própria atividade econômica, nem tampouco alienar-se da análise econômica dos possíveis impactos que tal entendimento poderá causar.

Essencial refletir sobre as consequências na própria cidadania fiscal do empregador rural pessoa física e a própria legitimidade das fontes de financiamento fiscais, como brilhantemente alertou o ministro Fachin em seu voto.

Os fatos constitucionalmente relevantes não podem ser esquecidos em detrimento de uma concepção apenas jurídica, sob pena de criar-se um papel apenas simbólico da decisão. Em que pesem sejam muito relevantes as metas fiscais, não se pode comprometer as próprias riquezas do setor agropecuário deixando-as a serviço da dívida pública.

Trata-se de impor obrigação extremamente pesada ao agronegócio, onerando mais este setor que os demais setores economicamente relevantes.

Portanto, entende-se como desastrosa a mudança do entendimento do STF sobre a constitucionalidade do Funrural, tendo em conta que o passivo tributário gerado é impagável e coloca em risco a própria economia brasileira.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARRAZZA, Roque Antonio; “Curso de Direito Constitucional Tributário”, 17ª ed., São Paulo : Malheiros, 2002.

BIANCOLINI D’AMBROSIO, Aletheia Cristina e OLIVEIRA CASTRO, Bruno. Os impactos do FUNRURAL no agronegócio e nas recuperações judiciais. 2018. Migalhas de peso. [www.migalhas.com.br](http://www.migalhas.com.br)

FERREIRA, Fabiana Falcoski. A natureza tributária e as espécies de contribuições especiais. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1232, 15 nov. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9140>. Acesso em: 12 nov. 2020.

SOARES DE MELO, José Eduardo; “Contribuições Sociais no Sistema Tributário”, 4ª ed., São Paulo : Malheiros, 2003

SOARES DE MELO, José Eduardo; “Curso de Direito Tributário”, 5ª ed., São Paulo: Dialética, 2004

Site My Farm. Funrural: saiba o que é e como funciona. Acesso: <https://myfarm.com.br/funrural/>

Site BDO: Agro espera publicação da MP do Funrural. Acesso: <https://portaldbo.com.br/agro-espera-publicacao-da-mp-do-funrural/>

Site Universo Agro: Agronegócio reforça críticas à cobrança do Funrural. 2017. Acesso: <http://www.uagro.com.br/editorias/agricultura/2017/04/04/agronegocio-reforca-criticas-a-cobranca-do-funrural.html>

Site E-Auditoria. De quem é a obrigação pelo recolhimento do Funrural? 2018. Acesso: <http://www.e-auditoria.com.br/publicacoes/artigos/de-quem-e-obrigacao-pelo-recolhimento-do-funrural/>



# UM PANORAMA GERAL DA FUNÇÃO DO ADMINISTRADOR JUDICIAL NOS PROCESSOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA

## A GENERAL OVERVIEW OF THE FUNCTION OF THE JUDICIAL

Ana Cristina Cansian Kochinski\*

Edlyn Ariene dos Santos Dutra\*\*

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo apresentar, em linhas gerais e sem o propósito de esgotar todo o assunto, breves considerações sobre o papel do Administrador Judicial nos processos de Recuperação Judicial e Falência, figura essa presente na Lei 11.101/2005. O texto abordará, com base na doutrina, jurisprudência e legislação em vigor, como atua o referido profissional, desde o momento de sua escolha pelo judiciário e sua nomeação nos feitos, suas atribuições e remuneração, bem como as hipóteses previstas em lei de substituição e destituição do Auxiliar do Juízo.

**Abstract:** *The purpose of this article is to present, in general lines and without the intention of exhausting the whole matter, brief considerations on the role of the Judicial Administrator in the Judicial Recovery and Bankruptcy processes, which is present in Law 11.101/2005. The text will address, based on the doctrine, jurisprudence and legislation in force, how the referred professional acts, from the moment of his choice by the judiciary and his appointment in the deeds, his duties and remuneration, as well as the hypotheses foreseen in the substitution law and dismissal of the Assistant Judge.*

\* Graduada em Administração de Empresas e Direito pela FAE (Centro Universitário Franciscano do Paraná). Cursa LL.M em Direito Empresarial pela FGV (Fundação Getúlio Vargas). Membro da Comissão de Estudos de Recuperação Judicial e Falência da OAB/PR. Diretora Administrativa no CMR - Centro de Mulheres na Reestruturação Empresarial. Advogada na área de Recuperação Judicial e Falências.

\*\* Graduada em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (UNIBRASIL). Especialista em Processo Civil "latu sensu", pela Academia brasileira de Direito Constitucional (ABDCONST). Membro da Comissão de Estudos de Recuperação Judicial e Falência da OAB/PR. Membro no CMR - Centro de Mulheres na Reestruturação Empresarial. Advogada na área de Recuperação Judicial e Falências.

**Sumário:** Introdução. 1. Da escolha do Administrador Judicial à nomeação nos processos recuperacionais e falimentares. 2. Das atribuições do Administrador Judicial e sua remuneração. 3. Das hipóteses legais de substituição e destituição do Administrador Judicial. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

## INTRODUÇÃO

Nas atividades mercantis nos mais diferentes ramos, há a necessidade de que o empresário passe a gerir a administração empresarial, sob pena de ocasionar um grande e desastroso desequilíbrio financeiro.

Para que o seu negócio se mantenha na mais perfeita sintonia, o empresário deve realizar planejamentos estratégicos e financeiros, podendo também contar com o auxílio de profissionais que contribuam com a sua atividade, ao ponto de atingir o auge do equilíbrio empresarial, para que sua atividade alcance no mercado o empreendedorismo almejado.

No entanto, quando o empresário não consegue se manter atuante por inúmeras e emaranhadas situações que ocorrerem em meio à crise, seja ela econômica, financeira ou patrimonial, ele poderá optar pela Recuperação Judicial, que se traduz na reorganização econômica, financeira e administrativa da empresa, sendo feita por intermédio extrajudicial ou judicial.

Desta forma, demonstra-se ser de relevante importância a figura atribuída a Administração Judicial nos processos de Recuperação Judicial, pois a partir do momento em que o pedido é judicializado, o Poder Judiciário procede à nomeação de um profissional idôneo, que atuará, em conjunto com a sociedade empresária, em prol da reestruturação, preservação e superação da crise empresarial.

Através do presente artigo pretendemos apresentar, de maneira geral e sem o propósito de esgotar o assunto, a tão importante função do Administrador Judicial, que atua como Auxiliar do Juízo nos processos de Recuperação Judicial e Falência, apresentando um panorama geral da função exercida por ele dentro dos respectivos procedimentos, bem como em quais hipóteses é admitida sua substituição ou destituição.



## 1. Da escolha do Administrador Judicial à nomeação nos processos recuperacionais

O Administrador Judicial, profissional nomeado pelo N. Juízo competente, possui papel relevante e de extrema importância dentro do processo de Recuperação Judicial e Falência.

A escolha pelo D. Magistrado de primeiro grau se dará através da seleção dentre as pessoas de sua confiança, a partir de dois marcos temporais, previstos tanto nos processos de recuperação judicial (art. 52, I da Lei 11.101/2005), quanto nos processos de falência (art. 99, IX, da Lei 11.101/2005), do seguinte modo:

*“na recuperação judicial, o Administrador Judicial exercerá suas funções a partir do deferimento de seu processamento, pois desde o ingresso do processo, o devedor será fiscalizado. Nos casos de falência, o Administrador Judicial exercerá a função desde a sua decretação, pois é nesse momento que o devedor será privado da gestão de seus bens. Assim sendo, o juiz deve nomeá-lo na sentença que decreta a falência ou na decisão que defere o processamento da recuperação judicial. Eventualmente, admite-se a nomeação em outro ato do juiz, especialmente quando o administrador nomeado não aceita o encargo ou deixa de exercer a função”*.<sup>1</sup>

A respectiva nomeação pode ser dada em favor de pessoa física ou jurídica, sendo que não se faz mais necessário, como previsto na lei revogada falimentar<sup>2</sup>, nomear o Administrador Judicial dentre os maiores credores, embora a faculdade de indicar um dos credores ainda lhe seja permitida<sup>3</sup>, embora não seja usualmente aplicada, já que o profissional que exerce o referido cargo não representa nem credor, nem devedor no processo, e sua atuação no feito deve se dar de modo imparcial. Nas palavras dos Ilustres Doutrinadores Daniel Carnio Costa e Alexandre Nasser de Melo, “É auxiliar do juízo (longa manus), prezando pela eficiência do processo concursal como um todo – ainda que, para isso, seja necessário, às vezes, agir contra uma ou outra parte no caso concreto, mas em prol dos princípios e objetivos do sistema de insolvência”<sup>4</sup>.

Para a escolha do auxiliar do Juízo, a lei impõe alguns parâmetros de escolha, estabelecendo certos limites para a sua atuação. Nos casos em que há nomeação de pessoa física, dar-se-á

1 TOMAZETTE, Marlon. 2017, p. 172.

2 A lei que regia o sistema de falências e recuperação judicial, antes de 2005, era o Decreto nº 7.661/45.

3 Ibidem, p. 168.

4 COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Correa Nasser de. 2021, p. 98.

preferência por advogados, economistas, administradores de empresas, ou contadores<sup>5</sup>.

Segundo os professores Francisco Satiro de Souza Junior e Sérgio A. De Moraes Pitombo “uma das melhores inovações da Lei 11.101/2005 foi a de retirar as funções executivas 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 do plano de recuperação empresarial(...)”<sup>6</sup>.

No que se refere a figura do administrador judicial, a LRF ampliou os poderes do Administrador Judicial, com o intuito de desjudicializar alguns procedimentos, a exemplo do art. 7º do referido diploma legal, em que prevê que “as habilitações tempestivas serão entregues diretamente ao administrador judicial, a quem cabe, após, elaborar nova relação de credores(...), limitando-se de fazê-lo para o caso de habilitações retardatárias ou eventuais impugnações”<sup>7</sup>

Para as pessoas jurídicas, exige-se além de regularidade “a especialização na mesma atividade do devedor, na reestruturação de empresas ou em alguma dessas áreas do conhecimento”<sup>8</sup> acima indicadas, além disso “pessoas jurídicas especializadas em auditorias e consultorias empresariais são as mais indicadas para assumir tal posição”<sup>9</sup>.

A preferência por qualificação técnica, é um dos requisitos vislumbrados pelo juízo, pelo qual permite, em tese, o melhor desempenho de suas funções, sendo que “nada garante que o desempenho seja adequado. O melhor seria exigir experiência em relação a empresas em crise”<sup>10</sup>.

Apesar da ausência de menção expressa, a idoneidade pode ser compreendida por alguns autores, sob o prisma de idoneidade moral e financeira, considerando que o encargo a ser exercido, pode ocasionar eventual responsabilidade pelos danos ocasionados, no exercício de suas funções<sup>11</sup>.

5 MAMEDE, Gladston. 2006, p. 93.

6 SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Sérgio A. de Moraes. 2007, p. 71.

7 ESTEVEZ, André Fernandes. 2010, p. 31.

8 Ibidem, p. 95.

9 Idem.

10 MANGE, Renata. 2006, p. 66.

11 PACHECO, José da Silva. 2007, p. 69.



Com o intuito de garantir o bom exercício de seu encargo, a lei impõe que a escolha da administração judicial deve ser dar com imparcialidade, proibindo a sua nomeação nos casos de “pessoas que tenham 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”<sup>12</sup>.

O artigo 30 da Lei 11.101/2005, define que há impedimento de nomeação nos casos em que “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”, e que se traduz, portanto, na ausência de confiabilidade por parte do juízo em nomear tal profissional, para exercer referida funcionalidade.

Superados os requisitos mínimos para nomeação da administração judicial, após o deferimento do processamento da recuperação judicial ou decretação da falência, o juízo determinará a intimação pessoal do Administrador Judicial nomeado, para que, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, assine o termo de compromisso.

A partir de então, ele poderá atuar em juízo, desempenhando o encargo e assumindo suas funções oficiais. Caso ele não assine do termo no prazo estipulado, cabe ao juízo efetuar a nomeação de um novo administrador<sup>13</sup>.

Após a sua investidura, o Administrador Judicial irá exercer as funções que lhe couberem considerando que “na falência, suas funções serão basicamente a administração e liquidação da massa falida. Na recuperação judicial, suas funções consistem essencialmente na fiscalização do devedor”<sup>14</sup>.

## **2. DAS ATRIBUIÇÕES DO ADMINISTRADOR JUDICIAL E SUA REMUNERAÇÃO**

Com suas atribuições previstas na Lei nº 11.101/2005, cuja redação foi alterada mais recentemente pela Lei nº 14.112/2020, em vigor desde 23/01/2021, ao Administrador Judicial

compete, sob a fiscalização do Juiz e do Comitê de Credores, todas as disposições previstas no artigo 22, além de outros deveres impostos pela legislação. O extenso rol demonstra a importância desse Auxiliar do Juízo nos feitos falimentares e recuperacionais, que possui como função primordial a fiscalização do procedimento como um todo.

As funções descritas em lei são as chamadas funções lineares do Administrador Judicial. Além delas, o profissional também deve exercer outros trabalhos diretamente ligados ao procedimento recuperacional e falimentar e à interpretação da lei, visando garantir eficiência e os objetivos do procedimento de insolvência, que são chamadas de funções transversais<sup>15</sup>.

Sobre as funções transversais do Administrador Judicial, Daniel Carnio Costa e Alexandre Correa Nasser de Melo, complementam:

*“Também é função transversal do administrador judicial atuar como mediador de conflitos entre credores e a devedora. O acompanhamento muito próximo da evolução do processo pelo administrador judicial vai permitir que ele possa identificar os gargalos da negociação entre as partes. Nesse sentido, poderá o administrador judicial, sempre mediante autorização e supervisão judicial, agir como um catalizador de consensos, mediando conflitos pontuais e permitindo que o processo atinja os seus objetivos maiores. Daí que poderá o administrador judicial requerer a realização de audiências com o juiz do feito ou mesmo sessões de mediação e conciliação”*.<sup>16</sup>

No que tange à negociação entre credores, importante destacar que o Conselho Nacional de Justiça, através da Recomendação de nº 58, de 22/10/2019, buscou incentivar a utilização das técnicas de mediação na solução dos conflitos, pelos magistrados, nos processos de insolvência. A mediação, sempre que possível, poderá ser solicitada a requerimento do devedor, do Administrador Judicial, ou dos credores.

A verificação de créditos deve ser apurada pelo Administrador Judicial, visando “identificar os credores nos processos de falência e de recuperação judicial, seja para identificar quais credores serão pagos, seja para identificar quais credores poderão se manifestar sobre o Plano de Recuperação Judicial”<sup>17</sup>.

12 TOMAZETTE, Marlon. Op. Cit., p.170.

13 CAMPINHO, Sérgio. 2006, p. 58.

14 NEGRÃO, Ricardo. 2007, p. 77.

15 COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Correa Nasser de. 2021, p. 102.

16 COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Correa Nasser de. 2021, p. 102 e 103.

17 TOMAZETTE, Marlon. Op. Cit., p. 177.



Especificamente, no art. 22, inciso I, alínea “a”, o Administrador Judicial deverá proceder com o envio de correspondências aos credores com base na lista de credores apresentada pelo devedor, fornecendo informações ligadas a cada crédito, tais como a sua natureza, valor e ordem de classificação, com o intuito de que os credores “possam tomar as medidas necessárias à defesa de seus interesses, especialmente no que tange a própria qualificação do seu crédito”<sup>18</sup>.

Baseando-se nas informações originariamente fornecidas pelo devedor, em conformidade com o art. 7º da Lei 11.101/2005 (com base nos livros contábeis e documentos comerciais e fiscais do devedor e nos documentos que lhe forem apresentados pelos credores), compete ao Administrador Judicial desenvolver uma lista inicial de credores.

Quando verificado o deferimento do processamento da recuperação judicial (art. 52, §1º da Lei 11.101/2005) ou a sentença de decretação da falência (art. 99, parágrafo único da Lei 11.101/2005), o juiz determinará a expedição de edital, para publicação no órgão oficial. A partir destas publicações de editais, os credores terão o prazo de 15 (quinze) dias (corridos), para apresentarem ao Administrador Judicial suas Habilitações de Crédito ou suas Divergência de Créditos quanto aos créditos relacionados no respectivo edital (art. 7º §1º da Lei 11.101/2005).

Quanto a contagem de prazos nos processos de falência e recuperação judicial, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, no Recurso Especial nº 1.699.528 – MG, com Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, que a forma da contagem de prazo nos processos recuperacionais e falimentares deve se dar em dias corridos, a qual é definida pela aplicação do “microsistema da lei de recuperação judicial”, sendo que a aplicação do CPC/2015 deve ter cunho eminentemente excepcional e incidir tão somente de forma subsidiária e supletiva<sup>19</sup>.

Procedida a análise das Habilitações de Crédito, tempestivas ou retardatárias, ou das Divergências de Créditos apresentadas ao Administrador Judicial, ele apresentará uma nova lista de credores (seguindo o rito do art. 7º, §2º da Lei 11.101/2005), sendo que no “no prazo de 10 (dez) dias devem ser apresentadas ao juiz Impugnação de Crédito contra a relação de credores (nos moldes estabelecidos no art. 8º parágrafo único do referido diploma legal).

18 MAMEDE, Gladston. Op. Cit. p. 99.

19 REsp 1699528/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 13/06/2018.

Após serem procedidas as decisões das Impugnações de Crédito e Habilitações de Crédito judiciais, o Administrador Judicial deverá apresentar um quadro de credores de forma consolidada, podendo o mesmo ser modificado “até o encerramento da recuperação judicial ou falência”<sup>20</sup>.

Em consonância com o art. 22, inciso I “alínea b” da Lei 11.101/2005, compete ao Administrador Judicial fornecer com presteza todas as informações solicitadas pelos credores e interessados, sob a fiscalização do Juízo e do Comitê de Credores, se houver.

Além disso, compete ao próprio Administrador Judicial, com fulcro no artigo 64 do referido diploma legal, exigir a prestação de informações aos devedores/administradores da sociedade empresária, com a fiscalização do Comitê de Credores, sob pena de aplicação do crime de desobediência (nos caso de falências conforme previsão do art. 104 e seguintes) e afastamento do devedor e seus administradores (nos casos de Recuperação Judicial).

No tocante às atribuições do Administrador Judicial dirigidas em Assembleia Geral de Credores, o artigo 56 da Lei 11.101/2005, prevê que após a apresentação do Plano de Recuperação Judicial pela empresa recuperanda, será designada pelo juízo, sempre que houver, objeção ao Plano de Recuperação Judicial, para que eles efetivem regular deliberação.

A convocação da Assembleia Geral de Credores, nos moldes elencados no art. 36, inciso III, §2º, também pode ser requisitada por “credores que representem no mínimo 25 % (vinte e cinco por cento), do valor total dos créditos de uma determinada classe”.

A Assembleia Geral de Credores será presidida pelo Administrador Judicial, que irá designar 1 (um) secretário, dentre os credores presentes para composição da solenidade (caput, do art. 37).

Cumpra aos credores apresentar, diretamente ao Administrador Judicial, no prazo de até 24 (vinte e quatro) horas de antecedência da Assembleia Geral de Credores, os instrumentos de representação ou mandato, pelos quais serão por ele analisados (podendo tais documentos serem inseridos nos próprios autos), a fim de serem constatadas quaisquer situações de irregularidade, a que aludem a questão de representatividade (art. 37 §4º da Lei 11.101/2005).

20 MAMEDE, Gladston. Op. Cit., p. 178/179.



A atribuição conferida ao Administrador Judicial, no que tange a fiscalização das atividades da empresa que se encontra em recuperação judicial, inicia-se a partir da decisão em que se deferiu o processamento da recuperação, até o seu encerramento<sup>21</sup>.

Cabe ao Administrador Judicial proceder com a apresentação de relatórios mensais concernentes às atividades do devedor, a fim de apurar e/ou relatar qualquer irregularidade de conduta por parte de devedor, devendo o Auxiliar do Juízo apresentar relatório específico quanto ao Plano de Recuperação Judicial “no prazo de 15 dias após a decisão de encerramento da recuperação”<sup>22</sup>.

Dentre as novas competências do Administrador Judicial, inseridas com o advento da Lei nº 14.112/2020, em vigor desde 23/01/2021, se destacam: estimular, sempre que possível, a conciliação, a mediação e outros métodos alternativos de solução de conflitos relacionados à recuperação judicial e à falência, respeitados os direitos de terceiro (art. 22, I, j); manter endereço eletrônico na internet, com informações atualizadas sobre os processos de falência e de recuperação judicial, com a opção de consulta às peças principais do processo, salvo decisão judicial em sentido contrário (art. 22, I, k); manter endereço eletrônico específico para o recebimento de pedidos de habilitação ou a apresentação de divergências, ambos em âmbito administrativo, com modelos que poderão ser utilizados pelos credores, salvo decisão judicial em sentido contrário (art. 22, I, l); e providenciar, no prazo máximo de 15 (quinze) dias, as respostas aos ofícios e às solicitações enviadas por outros juízos e órgãos públicos, sem necessidade de prévia deliberação do juízo (art. 22, I, m).

Duas atribuições foram objeto de grande discussão entre os atuantes da área, antes da aprovação da reforma da lei, mas seus textos permaneceram na nova redação. São elas: apresentar ao juiz, para juntada aos autos, relatório mensal das atividades do devedor, fiscalizando a veracidade e a conformidade das informações prestadas pelo devedor (art. 22, II, c); e fiscalizar o decurso das tratativas e a regularidade das negociações entre devedor e credores (art. 22, II, e).

Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça, através da Recomendação de nº 72, de 19/08/2020, buscou padronizar a apresentação dos relatórios pelo Administrador Judicial nos

21 TOMAZETTE, Marlon. Op. cit, p. 181.

22 Idem.

processos de recuperação empresarial, considerando, dentre outros pontos, a necessidade de se garantir a efetividade da prestação jurisdicional nos processos de recuperação judicial e de falência, bem como uma atuação mais produtiva e eficaz desses profissionais, auxiliares da justiça.

Referida Recomendação padroniza a apresentação do Relatório da Fase Administrativa, do Relatório Mensal de Atividades do Devedor – RMA, além do Relatório de Andamentos Processuais e do Relatório dos Incidentes Processuais.

Nos casos em que haja substituição, destituição ou renúncia ao encargo, o Administrador Judicial também deve apresentar as contas de sua gestão, entregando ao seu substituto “todos os bens e documentos da massa em seu poder, sob pena de responsabilidade. Eventual desobediência obrigará o Administrador Judicial a prestar contas no prazo de 5 dias, sob pena de configuração de crime desobediência”<sup>23</sup>.

Além do Administrador Judicial manifestar-se nos casos previstos no art. 22 da Lei 11.101/2005, ele deve se manifestar em juízo sempre que necessário, obtendo uma “conduta proativa e célere, tanto na Recuperação Judicial, como na Falência, e sempre alertar o magistrado em qualquer suspeita de fraude e/ou ilegalidade, desvio das finalidades previstas na Lei 11.101/2005, seja por qualquer interessado”<sup>24</sup>.

Nos processos de Recuperação Judicial, o devedor, ou seus administradores serão mantidos na conduta da atividade empresarial. Contudo, em eventual hipótese de configuração das exceções previstas nos incisos I a IV do art. 64 da Lei 11.101/2005, conforme previsão do art. 65 do mesmo diploma legal, “o devedor será destituído da administração e enquanto a Assembleia de Credores geral de credores não deliberar sobre a escolha do nome do gestor judicial, tal função caberá ao Administrador Judicial”.

Denota-se que o Administrador Judicial, ao exercer a gestão judicial de forma ampla tem o dever de “proteger todos os interesses em jogo, buscando a consecução do interesse público que preside a recuperação da empresa”<sup>25</sup>.

23 TOMAZETTE, Marlon. Op. cit, p. 185.

24 BERNIER, Joice Ruiz. Op. cit. 129.

25 MUNHOZ, Eduardo Secchi. 2007, p. 315.



A remuneração do Administrador Judicial, deve seguir os parâmetros aduzidos no art. 24 da LRF, observando-se a “capacidade de pagamento do devedor, o grau de complexidade do trabalho e os valores praticados no mercado para o desempenho de atividades semelhantes”. Quanto ao percentual de fixação, conforme dispõe o §1º do referido artigo, não deve ultrapassar 5 % (cinco por cento) do valor devido aos credores que se encontram submetidos à recuperação judicial, ou do valor da venda dos bens, no caso de falência. Cumpre ressaltar que o Administrador Judicial não receberá seus honorários, caso haja desaprovação das contas prestadas (§4º), sendo que essa ficará reduzida no limite de 2%, nos casos de microempresas e empresas de pequeno porte, bem como na hipótese de que trata o art. 70-A da lei, qual seja, produtor rural (§5º).

Segundo Gladston Mamede, tal retirada da remuneração somente se justificaria, em caso de eventuais danos causados pelo próprio Administrador Judicial, não sendo o caso de sua retirada caso tais danos não sejam detectados, sendo que “a perda seria inconstitucional, por violar os valores sociais do trabalho e o direito de propriedade”<sup>26</sup>.

Cumpre destacar que os honorários fixados em juízo e direcionados ao Administrador Judicial, nos processos de Recuperação Judicial, devem ser pagos pelo próprio devedor, e devem ser pagos prioritariamente sobre os demais créditos. Nos casos de Falência, a remuneração do Administrador Judicial será paga com precedência aos créditos do artigo 83 da LRF, e são considerados extraconcursais, consoante disposto no artigo 84, I, d, da LRF.

### **3. DAS HIPÓTESES LEGAIS DE SUBSTITUIÇÃO E DESTITUIÇÃO DO ADMINISTRADOR JUDICIAL**

A substituição do Administrador Judicial prevista no artigo 30, §2º da LRF, pode ser requerida pelo próprio devedor, Ministério Público ou qualquer outro credor. Diante do caso concreto, a substituição é imposta pelo juízo e aplicável em caso de renúncia, falecimento, declaração de interdição, decretação de falência, encerramento do processo de recuperação judicial, perda de confiança, ou por mera conveniência do juízo, optar por alguém mais especializado, independentemente de falha cometida pelo Administrador Judicial<sup>27</sup>.

26 MAMEDE, Gladston. Op. Cit., p. 125.

27 REQUIÃO, Rubens. 1998, p. 72.

Ademais, a possibilidade de substituição de síndico/Administrador Judicial, em razão da quebra de confiança e lealdade no processo é plenamente aceita pela doutrina e jurisprudência, podendo ser decretada de ofício pelo juízo<sup>28</sup>.

Nesse sentido, extrai-se o seguinte julgado do E. Tribunal de Justiça do Paraná:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. FALÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DE SÍNDICO. DESNECESSIDADE DE CONTRADITÓRIO. JUIZ DIRETOR DO PROCESSO. ATIVIDADE QUE NÃO ASSEGURA AO SÍNDICO A CONSERVAÇÃO DO CARGO. SUBSTITUIÇÃO QUE PODE OCORRER A QUALQUER TEMPO. PRERROGATIVA DO MAGISTRADO QUE PRESIDE O PROCESSO DE FALÊNCIA. CPI DAS FALÊNCIAS. NOME DO SÍNDICO CITADO POR DIVERSAS VEZES. LIBERDADE NA APRECIÇÃO DE PROVAS DE QUE DISPÕE O JUIZ. QUEBRA DE CONFIANÇA. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO. NOMEAÇÃO DE QUEM MELHOR LHE APROUVER. DISCRICIONARIEDADE. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO”.<sup>29</sup> (Itálico no original).

No mesmo caso supracitado (autos sob nº 0002787-43.2004.8.16.0033), a D. Magistrada de primeiro grau indeferiu o pedido de reserva de honorários do síndico/administrador judicial. Muito embora o Profissional tenha aduzido que renunciou ao encargo, requerendo que fossem reservados seus honorários, por entender justificados os motivos que o levaram à renúncia, com espeque no art. 24, §3º da Lei 11.101/2005, a M.M. Juíza indeferiu o pedido, bem como determinou a devolução de eventuais valores recebidos, no prazo de 10 (dez) dias, nomeando novo síndico/administrador judicial, em seu lugar para exercer o encargo, uma vez que realizada a sua substituição.

Muito embora a substituição do Administrador Judicial possa ser decretada de ofício pelo D. Magistrado, por se tratar de ato de extrema gravidade e que possa colocar a imagem do profissional em risco, colocando sua conduta em questionamento, sugere-se que lhe seja oportunizado o contraditório e ampla defesa, inclusive, em consonância com os princípios fundamentais constitucionais.

Nesse sentido, Manoel Justino Bezerra Filho entende que: “Antes de tomar a grave decisão de

28 Nesse sentido, cita-se o julgado nos Autos sob nº 0002787-43.2004.8.16.0033, da 1ª Vara de Falências de Curitiba, Paraná, mov. 111.1. Julgado em 20/02/2019.

29 TJPR - 17ª C.Cível - AI 803800-8 - Foro Regional de São José dos Pinhais da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Stewalt Camargo Filho - Unânime – Julgado em: 25.01.2012.



substituir o administrador, deverá no mínimo abrir vista para a manifestação deste, não sendo recomendável tal tipo de decisão sem a ouvida dos interessados, a não ser em casos especiais e graves, nos quais a comprovação do alegado já venha documentalmente comprovada, de forma suficiente<sup>30</sup>.

Já a destituição do Administrador Judicial “é uma sanção imposta ao administrador judicial que deixa de cumprir adequadamente suas obrigações como órgão da falência ou da recuperação judicial”<sup>31</sup>. E ainda, complementa: “Destituído, o administrador judicial perde o direito à remuneração e fica impedido de ser nomeado para a função em novo processo de falência ou recuperação judicial”<sup>32</sup>.

A hipótese de destituição do Administrador Judicial está prevista no art. 31 da Lei 11.101/2005, pela qual recai o seu cabimento nos casos em que configuram a desobediência dos preceitos de Lei, tais como o descumprimento de deveres, omissão, negligência, ou prática de ato lesivo às atividades do devedor ou terceiros. “Tendo em vista tão forte punição, verifica-se que a destituição do administrador judicial somente pode ser determinada em casos gravíssimos de fraude ou ilícitos, que tenham sido efetivados com intenção (dolo) de lesar credores ou o devedor”<sup>33</sup>.

Configurada a sua destituição, o §1º do referido artigo prevê que caberá ao juiz nomear um novo Administrador Judicial, ou convocar os suplentes para recompor o Comitê.

O caput do artigo 31 da LRF prevê graves consequências ao Profissional destituído de seu cargo, sendo que tal ato tem o objetivo de punir a conduta praticada pelo Administrador Judicial. Já a substituição possui o caráter de sanção<sup>34</sup>.

Ainda, a lei estipula o prazo de impossibilidade de nomeação do Auxiliar em outros casos, nos próximos 05 (cinco) anos após sua destituição.

Em recente caso concreto, a questão da destituição do Administrador Judicial foi levada ao E. Tribunal de Justiça do Paraná. No aludido recurso, de Relatoria da Desembargadora Rosana Amara Girardi Fachin, a C. Câmara entendeu que o disposto no art. 31 da LRF

30 BEZERRA FILHO, Manoel Justino. 2017, p.135.

31 COELHO, Fábio Ulhoa. 2017, p.123.

32 Ibidem, p. 123.

33 COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Correa Nasser de. 2021, p. 122.

34 COELHO, Fábio Ulhoa. 2017, p.109.

deve ser aplicado com cautela, sendo que a desídia e negligência do Auxiliar do Juízo exigem prova inequívoca da conduta irregular praticada pelo agente, bem como o dano ocasionado à Recuperanda<sup>35</sup>.

A responsabilidade do Administrador Judicial é pessoal, podendo até haver responsabilização em face de seus bens pessoais, conforme previsão expressa do art. 154 §5º da LRF. Portanto, extrai-se da leitura da lei que os Administradores Judiciais devem exercer seu cargo com absoluta cautela, de modo diligente e com o intuito de preservar os ativos da sociedade empresária, sob pena de serem responsabilizados por eventual ação ou omissão.

Caso seja identificado que ele agiu com dolo ou culpa e ocasionou danos a procedimento recuperacional ou falimentar, ele poderá ser alvo de ação de responsabilidade civil, de modo que devem ser observados o nexos de causalidade (ação ou omissão) entre o dano e a respectiva conduta. Segundo Marlon Tomazette “trata-se de uma responsabilidade subjetiva do tipo clássico, como ocorre na Espanha(...). Para responsabilizar o Administrador Judicial, é essencial provar que ele agiu com dolo ou culpa”<sup>36</sup>.

Há de se ressaltar que “o dever de fiscalização é uma obrigação de meio e não do resultado(...) é fundamental demonstrar que o Administrador Judicial não cumpriu adequadamente com seus deveres e, em razão disso, houve o dano”<sup>37</sup>. Somente com a referida demonstração é que se pode haver a responsabilização do administrador por omissão<sup>38</sup>.

Sobre a disposição do artigo 32 da LRF, que prevê a responsabilização do Administrador Judicial no caso de prejuízos causados à Massa Falida, Manoel Justino Bezerra Filho assim justifica:

“Muito embora esta Lei tenha diminuído os poderes do administrador judicial relativamente ao síndico da lei anterior, ainda assim ele continua dispondo de grande liberdade de ação, como já examinado. A esse grande poder de direção e impulso corresponde a obrigação de responder pelos prejuízos causados à massa, até com seus bens pessoais (art. 154, §5º), e, em vários casos, podendo ser incurso em crime de desobediência ou ser réu de processo por

35 Tribunal de Justiça do Paraná. AI nº 0034271-87.2018.8.16.0000, 17ª Câmara Cível. Irati. Relatora: Desembargadora Rosana Amara Girardi Fachin, julgado em 13.06.2019. Data da publicação: 14/06/2019.

36 TOMAZETTE, Marlon. Op. cit. p. 193.

37 Ibidem, p. 194/195.

38 Idem.



crimes falimentares passíveis de reclusão (art. 177).

É correto que assim seja. O administrador é aquele que sai a campo, para administrar a empresa e salvaguardar os interesses dos credores; o juiz permanece cuidando de todos os seus demais afazeres e é municiado com informações pelo administrador. Em caso de o administrador ou Comitê, quando formado, pedir autorização para determinado ato (v.g. vender um bem da massa), o juiz partirá do princípio que as condições do negócio apresentadas pelo administrador ou Comitê são favoráveis à massa – evidentemente, se se verificar posteriormente que o bem foi vendido por preço vil, eles serão responsabilizados e não poderão escapar dessa responsabilização, sob a alegação de que o negócio havia sido precedido de autorização do próprio juiz da falência”.<sup>39</sup>

As diferenças na remuneração final do Administrador Judicial substituído e destituído, bem como suas consequências, em linhas gerais, são assim resumidas pelo I. Professor Fábio Ulhoa Coelho: “ Um administrador judicial substituído – em razão da renúncia justificada, por exemplo – tem direito à remuneração proporcional ao trabalho despendido e pode voltar a ser nomeado para a função em outra falência; por sua vez, a pessoa destituída perde o direito à remuneração e não pode mais ser escolhida para atuar em nenhuma outra falência”.<sup>40</sup>

Portanto, conclui-se que a função exercida pelo Profissional idôneo, nomeado pelo D. Juízo, é de extrema importância e relevância dentro do procedimento recuperacional e falimentar, e deve ser exercida com a absoluta cautela, uma vez que caberá ao Auxiliar fiscalizar o processo e as atividades exercidas pela Recuperanda e Falida, de modo a cooperar com o princípio da preservação da empresa, insculpido na LRF, ou maximizando ativos, quando houver decretação de falência.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Desde os primórdios, o “modus operandi” da cobrança de dívida em face do credor inadimplente, era aplicável de forma severa e contra o seu próprio corpo, como forma punitiva para o cumprimento de sua obrigação não cumprida.

<sup>39</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. 2017, p.136.

<sup>40</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. 2017, p.109.

Com a evolução gradativa na historicidade de diversas culturas, o processo de execução, contratos e códigos de leis foram criados justamente para a formação do direito dos negócios, fazendo com que o próprio bem do credor e suas posses fossem diretamente atingidas, como modo de garantia da dívida.

Deste modo, a aplicabilidade das cobranças do devedor insolvente pode ser seguida através do procedimento previsto na Lei 11.101/2005, pela qual através dos processos de falência e recuperação judicial seus princípios norteadores, atingem o interesse mútuo de vários sujeitos envolvidos, como o credor, o devedor e eventuais interessados.

O Poder Judiciário que visa dentre outras atribuições, fiscalizar e fazer com que seja cumprido todo o procedimento previsto nos processos de Recuperação Judicial, conta com o auxílio do Administrador Judicial para que exerça o seu encargo da melhor forma possível e com competência, devendo cumprir com todos os seus deveres insculpidos na Lei de Recuperação Judicial e falências.

Ademais, a Administração Judicial deve contar com profissionais (preferencialmente que sejam advogado, economista, administrador de empresas contador, ou pessoa jurídica especializada), que detém um papel de suma responsabilidade, pois objetivam identificar através de um levantamento detalhado, estudar através de diversas formas um planejamento estrutural para a empresa que se encontra em crise, detenha na medida do possível a sua função social aplicável, através do estímulo à atividade econômica que se torna necessária para mantê-la no mercado.

Portanto, o Profissional nomeado pelo D. Juízo competente trata-se de peça-chave dentro do procedimento recuperacional e falimentar, uma vez que se trata de profissional de confiança do Poder Judiciário. Ele deverá agir com cautela e fiscalizar o processo, do início ao fim, uma vez que a má-administração decorrente de seus atos praticados ou omissos poderá causar prejuízos não só à sociedade empresária envolvida, mas também aos credores e interessados no feito.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERNIER, Joice Ruiz. Administrador Judicial. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

BEZERRA FILHO, Manuel Justino. Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 12ª ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CAMPINHO, Sérgio. Falência e recuperação de empresa: o novo regime de insolvência empresarial. Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à lei de falências e recuperação de empresas. 12ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Correa Nasser de. Comentários à lei de recuperação de empresas e falências: Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, Curitiba, Editora Juruá, 2021.

ESTEVEZ, André Fernandes. Das origens do Direito Falimentar à Lei nº 11.101/2005. Revista Jurídica Empresarial nº 15, p. 14, jul./ago. 2010.

MAMEDE, Gladston. Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas. São Paulo: Atlas, 2006, v. 4.

MANGE, Renata. O Administrador Judicial, o gestor judicial e o comitê de credores na Lei nº 11.101/05. In: SANTOS, Paulo Penalva (Coord.). A nova lei de falências e de recuperação de empresas – Lei nº 11.101/2005. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de, e PITOMBO, Antônio Sérgio de A Moraes (coord.) Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e falência. Lei 11.101/2005 – Artigo por Artigo. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 3, p. 87; RESTIFFE, Paulo Sérgio. Recuperação de empresas. Barueri: Manole, 2008.

PACHECO, José da Silva. Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência. 2ª. ed. Rio

de Janeiro: Forense, 2007.

REQUIÃO, Rubens. Curso de direito falimentar. 17ª.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial. Falências e Recuperação de Empresas. V. 3, 5ª ed. rev. e atual. Atlas, 2017.



# **A FLEXIBILIZAÇÃO DO TRATAMENTO DO CRÉDITO TRABALHISTA NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL CONFORME ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL**

## **FLEXIBLE TREATMENT OF WORKER'S CREDIT ON JUDICIAL RECOVERY AS THE JURISPRUDENTIAL UNDERSTANDING**

**Ana Paula Mariani Notaroberto\***  
**Bruna Maria Trindade\*\***

### **RESUMO**

A presente pesquisa tem como finalidade a apresentação de entendimento jurisprudencial a respeito da flexibilização do tratamento do crédito trabalhista na Recuperação Judicial. Foram duas situações pesquisadas: a primeira diz respeito à limitação do pagamento dos créditos trabalhistas a 150 salários mínimos, na aplicação da Lei 11.101/2005, trazendo uma analogia ao pagamento dos credores trabalhistas em caso de falência. A segunda forma de flexibilização apresentada proporciona a aplicação da mediação como meio de pagamento dos credores trabalhistas na Recuperação Judicial, trazendo para este meio os institutos da Lei 13.140/2015 em conjunto com o Código de Processo Civil, Lei 7.713/2015. Em ambos os casos houve apresentação de casos práticos, com amparo na bibliografia relacionada ao tema. Além disso, entendeu-se relevante expor algumas questões envolvendo aspectos trabalhistas, empresariais e princípios recuperacionais, pois, embora haja uma evolução nos entendimentos a respeito do assunto, existem inúmeras críticas quanto à validade destes comportamentos na Recuperação Judicial.

\* Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Pós-graduada em Direito Contratual de Empresas pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA) e LLM em Direito Empresarial aplicado pela IEL/FIEP. Advogada atuante na área de direito empresarial bancário.

\*\* Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Pós-Graduada em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Advogada atuante na área de Recuperação Judicial.

**Palavras-chave:** Recuperação Judicial. Flexibilização de pagamento. Créditos Trabalhistas.

### **ABSTRACT**

*This research has as its finality to show the jurisprudential understanding about flexible treatment of worker's credit on Judicial Recovery cases. Two situations were researched: The first one is about the limitation of payment of worker's credit in 150 minimum wages, as seen in Law 11.101/2005, bringing na analogy to the payment of labor creditors in case of bankruptcy. The second way of flexibilization provides the application of mediation as a means of payment for worker'screditors in Judicial Recovery, bringing together the institutions from Law 13.140/2015 and Law 7.713/2015. In both situations, practical cases were presented, with support in the bibliography related to the theme. Besides that, it was considered relevant to expose some issues involving labor, business and recovery principles, because, although there is an evolution in the understanding on the subject, there are numerous criticisms regarding the validity of these behaviors in Judicial Recovery.*

**Key Words:** Judicial Recovery. Flexible Treatment. Worker's Credit.

### **SUMÁRIO**

I INTRODUÇÃO

II DA PREVISÃO LEGAL PARA PARAGAMENTO DOS CREDORES TRABALHISTAS

III A LIMITAÇÃO DO PAGAMENTO DOS CREDORES TRABALHISTAS EM ATÉ 150 SALÁRIOS MÍNIMOS

IV APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA MEDIAÇÃO PARA OS CREDORES TRABALHISTAS NO ÂMBITO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

V CONSIDERAÇÕES FINAIS

REFERÊNCIAS

### **I INTRODUÇÃO**

A Recuperação Judicial tem se mostrado, cada vez mais, como uma das muitas opções às empresas que desejam reestruturar seu passivo e continuar atuando no mercado.

Durante os 15 anos da Lei 11.101/2005 muito se mudou a respeito de sua interpretação,



trazendo pela doutrina e jurisprudência muita evolução, com a finalidade de adequar à prática que o mercado empresarial apresenta. Ou seja, a forma de interpretação da legislação não vem sendo realizada de forma isolada, sendo necessário entender o sistema recuperacional como um todo, visando manter no mercado aquelas empresas que são viáveis, com o intuito de conservar, portanto, os postos de serviços e de trabalho e cumprir, assim, a sua função social.

Portanto, a forma de interpretação é relativizada alcançando o principal objeto da lei que é a recuperação da sociedade empresária.

Com relação aos créditos trabalhistas não ocorre de forma diferente. Ora, por muito tempo não se admitia qualquer interpretação que não fosse a literalidade contida no art. 54 da Lei 11.101/2005, que determina que o crédito trabalhista, ou a ele equiparado, deveria ser pago em sua integralidade no prazo improrrogável de 1 (um) ano, contado da homologação do Plano de Recuperação Judicial.

A Lei 14.112 de 2020 trouxe a alteração no §2º do referido artigo que preceitua que o prazo de 1 (um) ano pode ser estendido em até 2 (dois) anos, se o plano atender os seguintes requisitos, de forma cumulativa: I – apresentação de garantias julgadas suficientes; II – aprovação, em Assembleia Geral de Credores, em maioria simples dos presentes, pelos credores titulares de créditos derivados da legislação trabalhistas ou decorrentes de acidentes de trabalho e III – garantia da integralidade do pagamento dos créditos trabalhistas.

Todavia, o comportamento de todos os envolvidos no processo de recuperar a sociedade empresária tem evoluído e demonstrado que é possível flexibilizar estas normas, conferindo à esses credores solução diversa, buscando outras soluções possíveis para renegociação das dívidas trabalhistas.

Este artigo, portanto, traz duas possibilidade de flexibilização quem vem ocorrendo em casos de Recuperação Judicial no Brasil, o que demonstra uma evolução na forma de discussão e pagamento dos credores trabalhistas, possibilitando assim uma maior recuperação de empresas que passam por dificuldades financeiras.

A primeira forma de flexibilização aqui apresentada trata-se de utilização, de forma análoga, o do art. 83 da Lei 11.101/2005 que prevê a possibilidade de limitar em 150 salários mínimos o pagamento dos créditos trabalhistas no primeiro ano após a aprovação do Plano de

Recuperação Judicial. Nestes casos, o valor residual tem outra forma de pagamento, em especial, da mesma forma que o pagamento dos credores quirografários.

Outra maneira de flexibilizar estes pagamentos é a utilização da mediação como ferramenta de negociação com os credores trabalhistas, trazendo como aliada a Lei da Mediação nº 13.140/2015 em conjunto com os princípios encampados no atual Código de Processo Civil aos processos de insolvência.

Portanto, é possível verificar, através do presente estudo, que visando a recuperação da sociedade empresária a jurisprudência vem criando maneiras alternativas de pagamento dos credores trabalhistas na Recuperação Judicial.

## **II DA PREVISÃO LEGAL PARA PARAGAMENTO DOS CREDORES TRABALHISTAS**

A lei nº 11.101/2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, especificamente em seu artigo 54<sup>1</sup> preceitua que o pagamento dos credores trabalhistas deverá ocorrer em até 1 (um) ano após a homologação do Plano de Recuperação Judicial.

Em 2020, por intermédio da Lei nº 14.112/2020 que alterou a Lei 11.101/2005, foi apresentada a possibilidade de estender este prazo para 2 (dois) anos desde que presentes alguns requisitos, que estão previstos no art. 54, 2º da Lei 11.101/2005.

Sabe-se que a crise empresarial afeta a todos os envolvidos, em especial os trabalhadores, motivo pelo qual a legislação especial apresentou uma proteção para a classe autônoma dos créditos trabalhistas.

Portanto, com a finalidade de manter os empregos e a preservação da função social da

1 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.

2 § 2º O prazo estabelecido no caput deste artigo poderá ser estendido em até 2 (dois) anos, se o plano de recuperação judicial atender aos seguintes requisitos, cumulativamente

I - apresentação de garantias julgadas suficientes pelo juiz;

II - aprovação pelos credores titulares de créditos derivados da legislação trabalhista ou decorrentes de acidentes de trabalho, na forma do § 2º do art. 45 desta Lei; e

III - garantia da integralidade do pagamento dos créditos trabalhistas.



empresa, a legislação prevê que, necessariamente, após 1 (um) ano da homologação do Plano de Recuperação Judicial, ou após 2 (dois) anos desde que atendidos os requisitos legais, todos os credores que derivam da legislação do trabalho ou decorrente de acidente de trabalho devem ter sido quitados pela devedora em recuperação judicial.

Entretanto, hoje, diante de um cenário de crise que está instaurado no Brasil, a jurisprudência apresenta várias formas de flexibilização deste pagamento, havendo, portanto, uma grande discussão a respeito do tema.

Ou seja, são cada vez mais normais as propostas de pagamento dos credores trabalhistas que fogem das regras impostas pela legislação, casos estes que tiveram o Plano de Recuperação Judicial aprovados e homologados e cujos Planos estão sendo cumpridos pela devedora.

### **III A LIMITAÇÃO DO PAGAMENTO DOS CREDITORES TRABALHISTAS EM ATÉ 150 SALÁRIOS MÍNIMOS**

Em que pese a determinação legal a respeito do pagamento dos credores trabalhistas, a jurisprudência vem apresentando entendimentos diversos acerca do pagamento destes créditos no Plano de Recuperação Judicial.

Ou seja, a Lei 11.101/2005 deixou de ser analisada segundo seu conteúdo literal, passando a ser analisada pela jurisprudência segundo seus princípios norteadores e como um sistema que tem a finalidade de, de fato, recuperar a sociedade empresária, conforme se prevê no art. 47 da Lei 11.101/2005<sup>3</sup>. Desta forma, muitas de suas regras foram relativizados.

A flexibilização dos créditos trabalhistas se mostrava conservadora, inclusive por se tratar de verba alimentar, porém a jurisprudência vem mudando a forma de tratamento destes créditos.

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial 1.649.774/SP<sup>4</sup>, de relatoria do

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.649.774/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio Belizze. Julgamento: 12.02.2019. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação DJ 15.02.2019.

Ministro Marco Aurélio Belizze, entendeu que é possível o estabelecimento de tetos para o pagamento em 12 (doze) meses dos créditos trabalhistas, ou a eles equiparados, sendo que o excedente do valor seria tratado como credor quirografário (BRASIL, 2019).

Ou seja, o pagamento dos credores trabalhistas, na forma prevista no art. 54 da Lei 11.101/2005 seria para aqueles que apresentam crédito de até 150 salários mínimos, sendo assim que aqueles que apresentam créditos superiores teriam uma forma flexibilizada para recebimento de seu crédito.

Colaciona-se ementa do julgado:

*“RECURSOS ESPECIAIS. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DISCUSSÃO QUANTO À LEGALIDADE DE CLÁUSULA CONSTANTE DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL APROVADO QUE ESTABELECE LIMITE DE VALOR PARA O TRATAMENTO PREFERENCIAL DO CRÉDITO TRABALHISTA, INSERIDO NESTE O RESULTANTE DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, DESDE QUE DE TITULARIDADE DE ADVOGADO PESSOA FÍSICA. 1. CONTROLE JUDICIAL DE LEGALIDADE DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL APROVADO PELA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDITORES. POSSIBILIDADE, EM TESE. (...) 3. ESTABELECIMENTO DE PATAMARES MÁXIMOS PARA QUE OS CRÉDITOS TRABALHISTAS E EQUIPARADOS TENHAM UM TRATAMENTO PREFERENCIAL, CONVERTENDO-SE, O QUE SOBEJAR DESSE LIMITE QUANTITATIVO, EM CRÉDITO QUIROGRAFÁRIO. LICITUDE DO PROCEDER.”*

A principal tese apresentada pelo Superior Tribunal de Justiça neste julgado foi de que a “proteção legal, como se constata, destina-se a garantir o pagamento prévio dos credores trabalhistas e equiparados – e nisso reside o privilégio legal – de uma quantia suficiente e razoável que lhe garanta a subsistência, um mínimo para o seu sustento”.

A fundamentação para este entendimento foi a aplicação análoga ao previsto no art. 83, I<sup>5</sup> da Lei 11.101, desde que aprovado pela maioria da classe dos credores trabalhistas:

“Assim delimitada a extensão e o propósito da proteção legal conferida ao crédito trabalhista, chega-se à conclusão de que o privilégio conferido aos titulares de créditos trabalhistas

<sup>5</sup> 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.



encontra limites quantitativos na falência (de 150 - cento e cinquenta - salários mínimos), por expressa determinação legal, e, possivelmente na recuperação judicial, caso seja necessário ao soerguimento da empresa em dificuldades financeiras, contando, nessa hipótese, com a aprovação da respectiva classe, segundo o quórum estabelecido em lei.” (BRASIL, 2019).

Porém, a incidência deste entendimento não é automática, sendo necessário verificar a situação fática e econômica da empresa em recuperação judicial, considerando que a recuperação judicial busca a superação da crise econômico financeira da devedora, uma vez que a falência busca a maximização dos ativos para pagamento do maior número de credores.

O entendimento primordial, nestes casos, foi de que todos os planos com previsão de flexibilização foram aprovados pela maioria dos credores, em especial, pelos credores da classe trabalhista, ou seja, prevaleceu a vontade da maioria dos credores, mantendo assim a soberania da Assembleia Geral de Credores.

Ou seja, havendo aprovação pela Assembleia Geral de Credores, novas regras valem como se integrassem o contrato de trabalho (COELHO, 2005, p. 164).

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 1.649.774/SP<sup>6</sup> entendeu, portanto, que “possível, em tese, o controle judicial de legalidade do plano de recuperação judicial aprovado pela assembleia geral de credores, o que não encerra, em si, nenhuma usurpação de competência”.

Em suma, tratando-se de direito disponível, é possível que os credores, inclusive os trabalhistas, possam dispor de seus direitos, sendo que o que for decidido pela maioria dos credores prevalece àqueles que não concordaram com o estabelecido no Plano de Recuperação Judicial apresentado.

O que se observa, portanto, é um reiterado enfrentamento às decisões e posicionamentos que têm como objetivo criar rigidez e dificuldade de soerguimento da sociedade empresária.

Além do mais, a doutrina defende que mesmo que alguns credores tenham se oposto aos

<sup>6</sup> Op. Cit.

termos apresentados no Plano de Recuperação Judicial, devem a ele se submeter, não havendo outra alternativa (COELHO, 2013, p. 236).

Nesse mesmo raciocínio, o Tribunal de Justiça do Paraná julgou o Agravo de Instrumento nº 0026933-28.2019.8.16.0000<sup>7</sup>, cuja parte da ementa tem o seguinte texto:

“DESÁGIO, PRAZO DE CARÊNCIA E DE PAGAMENTO, FORMA DE CORREÇÃO MONETÁRIA. QUESTÕES AFETAS AO INTERESSE PATRIMONIAL DOS CREDITORES E QUE NÃO COMPORTAM REVISÃO JURISDICIONAL. SOBERANIA DAS DECISÕES ASSEMBLEARES”.

Assim, o que se observa é que deve prevalecer o interesse da maioria que visa o cumprimento do princípio da preservação da empresa, consubstanciado no art. 47 da Lei 11.101/2005, em que impõe e atuação dos credores não somente por seus interesses particulares, mas também pela sustentação da empresa devedora, fazendo com que a mesma cumpra com sua função social e se mantenha como fonte produtora de serviços e de empregos.

Portanto, é possível a flexibilização com estipulação de teto para pagamento dos credores trabalhistas, desde que haja concordância da maioria dos credores na classe representada.

O mesmo entendimento ocorreu no Agravo de Instrumento nº 0010739-16.2020.8.16.0000<sup>8</sup>, julgado pelo Tribunal de Justiça do Paraná que afirmou que deve prevalecer a função social da empresa, em especial na manutenção dos postos de trabalhos:

“Esse dispositivo consubstancia o princípio da preservação da empresa, o qual impõe que a atuação dos credores, na recuperação judicial, seja pautada não somente pelos seus interesses particulares, mas também pela manutenção da empresa devedora, se ainda for viável economicamente, por ser importante fonte produtora de serviços e empregos – cumprindo sua função social. E é nesse contexto que deve ser reputada válida a previsão constante do plano de recuperação, no sentido de que os créditos trabalhistas, até o limite de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos, serão pagos no prazo de até 1 (um) ano (cf. arts.

<sup>7</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de Instrumento nº 0026933-28.2019.8.16.0000. Relator: Desembargador Fernando Paulino da Silva Wolff Filho. Julgamento: 16.12.2019. Órgão Julgador: 17ª Câmara Cível. Publicação DJ. 29.12.2019.

<sup>8</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de Instrumento nº 0010739-16.2020.8.16.0000. Relator: Desembargador Espedito Reis do Amaral. Julgamento: 05/08/2020. Órgão Julgador: 18ª Câmara Cível. Publicação DJ. 17/08/2020.



54 c/c 83, I), sendo que o excedente será considerado crédito quirografário, submetendo-se o seu adimplemento às regras desta classe creditícia (cf. art. 83, VI, “c”).”

Aos credores trabalhistas foi dado, portanto, o poder de decidir, considerando que podem negociar seus créditos, baseado na livre iniciativa.

Seguindo a linha do entendimento jurisprudencial em flexibilizar a forma de pagamento dos credores trabalhistas e a estes equiparados, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em março de 2020, publicou o Enunciado XIII do Grupo de Câmaras Reservadas de Direito Empresarial<sup>9</sup>:

*“Admite-se, no âmbito da recuperação judicial, a aplicação do limite de 150 salários mínimos, previsto no art. 83, I, da Lei nº 11.101/2005, que restringe o tratamento preferencial dos créditos de natureza trabalhista (ou a estes equiparados), desde que isto conste expressamente do plano de recuperação judicial e haja aprovação da respectiva classe, segundo o quórum estabelecido em lei.”*

Todavia, há aqueles que defendem a ilegalidade da flexibilização do pagamento dos créditos trabalhistas na recuperação judicial, como é caso da Cláudia Al-alam Elias Fernandes (FERNANDES, 2020), ao escrever que:

*“E este é um entendimento equivocado, porque qualquer interpretação não literal evidência que o deságio dos créditos trabalhistas está proibido. Primeiro, porque ele viola o artigo 7º da Constituição Federal que elenca de forma exemplificativa alguns direitos dos trabalhadores, e diz que são admitidos “outros (direitos) que visem à melhoria de sua condição social”, de modo que uma interpretação que piore a condição social do empregado não estará de acordo com o comando constitucional, especialmente se se tratar de uma decisão tomada sem a participação sindical, a qual é exigida para negociações com os empregados que resultem em redução de direitos. Se isso não bastasse, a interpretar uma norma que atinge os trabalhadores deve ser pautada pelos Princípios do Direito do Trabalho e o mais basilar de todos é o Princípio da Proteção, do qual uma das vertentes é o Princípio da Norma mais Favorável. (...) Nesse sentido, imaginar que a dilação do prazo de 12 meses é ilegal, mas que a redução do valor não é, é interpretar o dispositivo de uma forma a prejudicar o trabalhador, o que é vedado pelo Direito do Trabalho”.*

<sup>9</sup> BRASIL, Enunciados do Grupo de Câmaras Reservadas do Direito Empresarial. < <http://www.tjsp.jus.br/Download/Rodape/GrupoCamarasEmpresariaisEnunciados.pdf>>. Acesso em 05 de out. de 2020.

Desta forma, a inovação trazida pela jurisprudência foi criticada por muitos à luz do princípio da proteção ao trabalhador e ao princípio da isonomia, uma vez que o salário possui caráter alimentar (ALMEIDA, 2010).

Não diferente, alguns Tribunais de Justiça apresentam o mesmo entendimento, como é o caso do Tribunal de Justiça do Mato Grosso que ao julgar o Agravo de Instrumento nº 1001317-09.2018.8.11.0000<sup>10</sup> entendeu que caso haja limitação para pagamento dos credores trabalhistas, haveria tratamento diferenciado entre os credores de uma mesma classe, violando o entendimento do art.

Ou seja, em muitos casos os Plano de Recuperação Judicial com apresentação de flexibilização ao pagamento dos credores trabalhistas tiveram as referidas cláusulas anuladas, sejam por não aprovação do Plano, seja por controle de legalidade do judiciário.

Neste sentido, muitas sociedades empresárias que buscavam a sua recuperação judicial por intermédio de auxílio do Poder Judiciário não obtiveram êxito em superar a sua crise, muitas vezes em razão de não ser possível negociar as condições de pagamento dos credores trabalhistas.

Portanto, é possível que os credores trabalhistas, em Recuperação Judicial, visando auxiliar na superação da crise da sociedade empresária, aprovem, em Assembleia Geral de Credores, a flexibilização do pagamento de seus créditos, utilizando como analogia o pagamento dos credores trabalhistas em caso de falência, estipulando o teto de 150 salários mínimos para recebimento de seus créditos no primeiro ano após a homologação da decisão que aprovar o Plano de Recuperação Judicial e o restante recebendo na forma dos credores quirografários.

#### **IV APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA MEDIAÇÃO PARA OS CREDITORES TRABALHISTAS NO ÂMBITO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

A Lei nº 11.101/2005 – Lei de Recuperação Judicial e Falências (LRF) foi instituída com o objetivo de oportunizar o soerguimento às sociedades empresárias, em situação de crise

<sup>10</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Mato Grosso. Agravo de Instrumento nº 1001317-09.2018.8.11.0000. Relato-ra: Desembargadora Nilza Maria Possas de Carvalho. Julgamento: 04//09/2018. Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado. Publicação DJ. 17/09/2018.

econômico-financeira, mediante a reestruturação do passivo através de negociação coletiva com os credores em um ambiente de segurança jurídica, livre de constrições judiciais e esvaziamento do patrimônio.

A referida Lei não prevê expressamente a utilização da mediação nos processos de insolvência, mas pensando na eficácia do instituto e na busca da melhor solução para os envolvidos no processo, os interlocutores do direito, passaram a notar congruência entre a Lei da Mediação nº 13.140/2015 aliada aos princípios encampados no atual Código de Processo Civil aos processos regidos pela LRF.

A temática passou a repercutir no âmbito da jurisprudência e da doutrina. Nessa esteira, cumpre salientar a lição dado por Luiz Felipe Salomão (SALOMÃO, 2019, p. 317).

*“A Lei 11.101/2005 consolidou a cultura de segunda oportunidade – não só envolvendo a recuperação extrajudicial, mas também a possibilidade não vetada de obtenção de pacto para recuperação de créditos e elaboração do plano de recuperação – e há pouco tempo o Brasil acolheu o impacto de uma cultura de solução consensual de conflitos com o marco regulatório da Mediação – Lei 13.140/2015 – e com o Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105), que a integra ao procedimento comum. Essas novas culturas se aproximam por sua premissa comum de solução de problemas e satisfação de interesses envolvidos, e também porque os limites para aplicação da mediação estão balizados somente pela possibilidade de o direito em questão ser objeto de transação, ainda que seja indisponível”.*

*“Ainda no período em que o marco legal da mediação era projetado havia a discussão sobre a aplicabilidade da mediação no curso de processos de Recuperação Judicial e Falência”.*

*“Isso porque no texto adaptado na Câmara havia uma previsão de vedação material específica, que posteriormente foi acertadamente retirada, uma vez que, ao contrário, são contextos em que a mediação é, não só aplicável, mas recomendável. O art. 3º da Lei da Mediação não deixa margem a dúvidas: “pode ser objeto de mediação o conflito que ver se sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”*

No mesmo sentido, a Mediação é um método que vai além dos limites do Poder Judiciário para o alcance de soluções de conflitos:

*“A mediação é um método alternativo ao judicial, especificamente apropriado à resolução de conflitos que envolvam pessoas com vínculo perene ou ao menos continuado no tempo, e seu foco é a busca de uma solução mutuamente satisfatória por meio do diálogo e do consenso, gerando como benefício secundário (mas não menos importante), a pacificação social, pois transforma a maneira como as partes interagem” (ALMEIDA, PELAJO E JONATHAN, 2016, p.50).*

Sob o mesmo viés, o Código de Processo Civil, que em seu art. 3º, parágrafos 2º e 3º<sup>11</sup>, disciplina a mediação como método de autocomposição de conflitos, destacando a sua relevância como norma fundamental processual.

Diante disso, antes de quaisquer medidas de instauração e regular desenvolvimento da mediação, mister observar os princípios encampados no art. 166 do Código de Processo Civil<sup>12</sup>, norteadores deste tipo procedimento, quais sejam: a independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada.

Nessa senda, destaca-se o Enunciado nº 45, da I Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal (BRASIL, 2016):

*“45 - A mediação e a conciliação são compatíveis com a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, bem como em casos de super endividamento, observadas as restrições legais.”*

Outrossim, como forma de incentivar o uso da mediação e da conciliação, como formas alternativas para conferir maior eficiência nos processos de insolvência, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ editou a Recomendação nº 58, na qual recomenda-se novos ditames

11 Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

12 Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

§ 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

§ 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

§ 3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à auto-composição.



da mediação nas demandas recuperacionais em termos mais específicos, orientando os magistrados, sempre que possível, fazerem uso da mediação no âmbito dos processos de recuperação judicial.

Dentro desse contexto, a mediação passou a ser a maior aliada dos processos de recuperação judicial, seja na fase pré-processual ou no decorrer da demanda, funcionando como elemento diferencial, apto a garantir a celeridade e efetividade das negociações e do processo recuperacional.

Nesse encaminhamento, nota-se que esta técnica pode ser uma ferramenta conveniente para solucionar os conflitos existentes entre a sociedade empresária em recuperação judicial e os credores trabalhistas, dada a importância social do cumprimento prioritário das obrigações existentes com os credores desta classe, em virtude do caráter alimentar desses créditos.

Logo, essa ferramenta pode ser utilizada para promover maior aproximação entre os credores para promover a liquidação dos créditos e prevenir alto volume de impugnações e habilitações judiciais, assim como, na construção do plano de recuperação judicial.

É cediço que tanto as habilitações de créditos trabalhistas quanto as impugnações, não tratam da natureza e quantum do crédito, haja vista que a matéria é de competência exclusiva da Justiça do Trabalho. Assim sendo, estas demandas, em sua grande maioria, tratam da data da correção do crédito, incidência de multa decorrente de cláusula penal firmada em acordos assim como, a incidência de custas e honorários sob o crédito.

Tais questões acabam, por muitas vezes, asoberbando o Poder Judiciário com volume maciço de demandas, as quais poderiam ser solucionadas através de métodos alternativos, sem que houvesse a judicialização do procedimento.

A mediação e a conciliação são regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais, razão pela qual, na prática, o instituto sem sido aplicado através de variadas modalidades, amoldando-se às necessidades dos interessados e às circunstâncias do caso concreto.

Portanto, a aplicação desses métodos auto compositivos à Insolvência tem desencadeado algumas discussões doutrinárias quanto à participação do Administrador Judicial como agente fomentador da mediação, ou seja, qual a limitação do envolvimento dele nas negociações, a

legalidade da permanência do direito de voto do credor que tenha recebido eventualmente, em momento anterior à aprovação do plano.

Nesse sentido, Daniel Carnio Costa já vem disciplinando sobre a figura do Administrador Judicial moderno, o qual transcende as funções estabelecidas no art.22 da LRF,ao qual confere-se também a função de atuar como mediador de conflitos entre credores e devedora (COSTA, 2018). Todavia, em consonância com o regramento estabelecido na Lei de Mediação, o Administrador Judicial pode ser agente fomentador da utilização da mediação e a aproximação entre as partes assim como, requerer ao juízo a instauração do procedimento.

Entretanto, entende-se que o procedimento deve ser regido por um mediador especializado na matéria, sendo uma pessoa neutra e que não tenha envolvimento com as partes, tampouco com o processo, conforme preceitua a Lei de Mediação.

Seguindo esse entendimento o Administrador Judicial, no exercício de sua função, poderá motivar a iniciativa das partes e fiscalizar o procedimento, na qualidade de auxiliar do juízo, sem, contudo, assumir o comando da Mediação.

Nessa toada, o Código de Processo Civil, em seu art. 165, 2º e 3º, estabelece distinção entre a conciliação e a mediação:

*“§ 2º. O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. § 3º. O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos”.*

Veja-se que tanto a conciliação e a mediação são norteadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade e informalidade, o que denota a necessidade de que o mediador/conciliador seja um terceiro, totalmente imparcial ao processo.

Outro ponto que merece ser observado é o uso da técnica da mediação/negociação como



ferramenta para solução para demandas ilíquidas oriundas de Reclamatórias Trabalhistas, pensamento na celeridade, economia processual e resultado útil do processo.

Assim, o uso dessa técnica pode ser implementada para a realização de acordos individuais ou coletivos perante a Justiça do Trabalho para chegar em um consenso em relação à liquidação dos créditos e estabelecer as condições que poderão ser alinhadas com a proposta do plano de recuperação, tudo com a fiscalização do administrador judicial e anuência do juízo da recuperação judicial.

O processo de mediação deve observar as seguintes fases: declaração de abertura; exposição de razões pelas partes; identificação de questões, interesses e sentimentos; esclarecimentos acerca de questões, interesses e sentimentos e resolução de questões (TARTUCE, 2016, p. 247).

Contudo, a forma da negociação é livre, sendo possível criar condições diferenciadas que atendam as especificidades do caso concreto e ainda vinculá-las ao plano de recuperação judicial, como forma de conferir maior transparência aos demais credores.

Além do procedimento de Mediação no âmbito dos processos recuperacionais, os tribunais têm admitido a possibilidade de pagamento antecipado aos credores trabalhistas no processo recuperacional, como ocorreu na Recuperação Judicial da Tom da Cor, a qual tramita sob nº 0009969-84.2019.8.16.0185<sup>13</sup>, perante a 1ª Vara de Recuperação Judicial e Falências de Curitiba. No presente caso, a Recuperanda, requereu ao juízo, autorização para realizar o pagamento dos credores trabalhistas, antes realização da Assembleia Geral de Credores, ressaltando-se o direito de voto dos referidos credores na Assembleia Geral de Credores<sup>14</sup>.

Além de tal precedente sobre a possibilidade de organização de um pagamento antecipado e estruturado no âmbito do processo de recuperação judicial, há também outros precedentes em que já houve a autorização de pagamentos antes da aprovação dos respectivos planos de recuperação judicial, como na Recuperação Judicial do Grupo Mercotubos (autos nº

13 BRASIL, Mariana Gluscynski Fowler Gusso. Juíza de Direito da 1ª Vara de Recuperação Judicial e Falências de Curitiba. Data da publicação: 13/02/2020.

14 Diante da natureza alimentar dos créditos trabalhistas, da informação da recuperanda de que está ciente das dificuldades enfrentadas pelos ex-empregados, bem como diante da insistência na possibilidade de fazer frente aos pagamentos, mesmo após as ponderações do administrador judicial, defiro que o pagamento da Classe I se dê na forma requerida no mov. 32.1. Intime-se a recuperanda para que apresente o cronograma para pagamento”

1000367-04.2016.8.26.0048)<sup>15</sup> em que o MM. Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Atibaia/SP autorizou o cumprimento antecipado do plano de recuperação judicial (a ser aprovado) aos credores trabalhistas, adiantado de até cinco salários mínimos a cada credor trabalhista sujeito aos efeitos da recuperação judicial.<sup>16</sup>

Oportuno trazer também a possibilidade de formular acordo coletivo em relação aos créditos ilíquidos, perante a Justiça do Trabalho, com a anuência do Juízo da Recuperação Judicial, como ocorreu na Recuperação Judicial do Instituto Mantenedor de Ensino Superior da Bahia Ltda, em Salvador/BA, a qual tramita sob nº 0325337-17.2011.8.05.0001, perante a 11ª Vara Cível e Comercial de Salvador/BA, na qual o juízo autorizou a Recuperanda, a realizar acordo global na Justiça do Trabalho, com premissas distintas do plano de recuperação judicial.

O presente acordo estabeleceu condições e prazo diferenciados dos ditames da Lei 11.101/2005. No presente caso, por se tratar de acordo totalmente segregado do plano, os credores não participaram da Assembleia Geral de Credores.

Todavia, na Recuperação Judicial do Grupo Oi, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro assegurou o direito de voto dos credores, mesmo daqueles que receberam os créditos em momento anterior à aprovação do plano<sup>17</sup>.

Segundo o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, “A efetiva participação dos credores se constitui um dos pilares da LRF e que o exercício do direito de voto se encontra intrinsecamente ligado ao plano de recuperação, tendo em vista o interesse dos credores em participar efetivamente da AGC, influenciando no soerguimento da sociedade empresária ou na sua falência. No entanto, tendo em vista que cada credor conserva o direito de participar da assembleia geral de credores segundo a capacidade de seu título, a subsistência ou não do direito de voto do credor que aderir à mediação dependerá do teor de cada transação no que concerne à forma e o modo em que se operarão

15 BRASIL, Rogério A. Correa Dias. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível de Atibaia. Data da publicação: 26/10/2016.

16 “À vista da manifestação favorável da ADMINISTRADORA JUDICIAL (fls. 4208/4209) e bem assim do MINISTÉRIO PÚBLICO (fls. 4232), ACOLHO a postulação das recuperandas (fls. 4191/4194) e, sendo assim, AUTORIZO possam elas promover o pagamento de até 05 (cinco) salários mínimos a cada credor trabalhista sujeito aos efeitos desta recuperação judicial, dentro em trinta dias a partir da publicação desta decisão, isto que faço com fundamento no art. 54, parágrafo único, da Lei nº 11.101/05”.

17 BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0017885-32.2017.8.19.0000. 29.08.2017. Relatora: Desembargadora Mônica Maria Costa Di Pietro. Julgamento: 07/11/2017. Órgão Julgador: 8ª Câmara Cível.



as condições de pagamento do crédito.”<sup>18</sup>

*“Deve ser destacado que, em determinadas hipóteses, ainda que o plano não altere o valor ou as condições originais de pagamento do crédito de determinado credor, pode vir colocar em risco seus direitos e interesses, devendo a questão ser apreciada casuisticamente. Registra-se, além disso, que a exclusão do direito de voto não elimina a participação do credor e não conduz à assertiva de que o crédito deste não será considerado de forma inequívoca para a definição do quórum de instalação da AGC. Desse modo, forçoso concluir que a conservação do exercício do direito de voto pelos credores que forem alcançados pela mediação somente poderá ser verificada após a conclusão do procedimento”*

A partir dos exemplos citados, note-se que são múltiplas as alternativas a serem implementadas para os credores trabalhistas, seja na modalidade de Mediação condicionando-se a aprovação do plano, seja acordo global realizado na Justiça do Trabalho, em condições diversas às estabelecidas na Lei 11.101/2005.

Sobretudo, é necessário que as partes construam soluções eficazes, pensando em um processo pragmático e, objetivando o resultado útil da demanda, buscando a alternativa que melhor convém ao caso concreto, respeitando, sempre os direitos dos trabalhadores e dando tratamento diferenciado ao crédito de natureza alimentar.

## V CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou, através de elementos legais, jurisprudenciais e doutrinários trazer a discussão a respeito da utilização da mediação aos processos de Insolvência e da flexibilização das condições de pagamento aos credores trabalhistas, discussão que se faz necessária em virtude da dificuldade de geração de caixa enfrentada pela maioria das empresas em recuperação judicial e o dever legal do pagamento integral aos credores trabalhistas no ano posterior à homologação do plano de recuperação judicial.

Neste sentido, mostrou-se fundamental encontrar o ponto de equilíbrio entre o princípio da preservação da empresa que decorre dos benefícios sociais oriundos da atividade

<sup>18</sup> Idem.

empresarial, quais sejam, a geração de empregos, recolhimento de tributos, fomento da economia e geração de riquezas com a proteção legal dos créditos de natureza alimentar, os quais também decorrem da função social da empresa.

Outrossim, existe entendimento jurisprudencial demonstrado neste trabalho que afirma que é possível a flexibilização da limitação do crédito a ser pago no período de 12 meses após a aprovação do plano desde que haja anuência dos credores desta classe.

Por fim, vislumbra-se que a técnica da mediação e da conciliação podem ser agregadas na busca de soluções eficazes para as partes, possibilitando a aproximação entre a empresa devedora e os credores, tornando possível a construção de uma solução consensual capaz de conferir a proteção merecida aos credores trabalhistas em condições que não venham inviabilizar o soerguimento daquela atividade empresarial.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Os Direitos Trabalhistas na Recuperação Judicial e na Falência do empregador**. Faculdade Presbiteriana Mackenzie, 2010.

ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. **Mediação de Conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes**. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

FERNANDES, Cláudia Al-alam Elias. **(I)legalidade no deságio dos créditos trabalhistas na recuperação judicial na mira do STJ**. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/331729/i-legalidade-no-desagio-dos-creditos-trabalhistas-na-recuperacao-judicial-na-mira-do-stj>>, acesso em 06 out. 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva. 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 9ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva. 2013.

COSTA. Daniel Costa. **O administrador judicial no projeto de lei 10.220/18 (Nova lei de recuperação judicial e falências)**. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/coluna/>



insolvencia-em-foco/287610/o-administrador-judicial-no-projeto-de-lei-10-220-18--nova-lei-de-recuperacao-judicial-e-falencias> Acesso em 08. ago. 2020.

SALOMÃO, Luis Felipe. **Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência - Teoria e Prática**; p. 357. Ed. Forense. Edição do Kindle.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 3ª edição. Editora Forense, 2016, p.247.

#### **Legislação consultada:**

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 04 de out. de 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm)>. Acesso em 03 de out. de 2020.

BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em 30 de set. de 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm)>. Acesso em 30 de set. de 2020.

BRASIL, **Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020**. Altera as Leis nos 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Lei/L14112.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14112.htm#art1). Acesso em 31 de janeiro de 2021.

BRASIL, **Enunciados do Grupo de Câmaras Reservadas do Direito Empresarial**. Disponível em <<http://www.tjsp.jus.br/Download/Rodape/GrupoCamarasEmpresariaisEnunciados.pdf>>. Acesso em 05 de out. de 2020.

BRASIL, Enunciado nº 45, da I Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal. Disponível em <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/900>>. Acesso em 11 de out. de 2020.

BRASIL, **Recomendação nº 58 do Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3070>>. Acesso em 10 de out. de 2020.



# TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA E O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

## TAX TRANSACTION AND THE PRINCIPLE OF COMPANY PRESERVATION

Carine Junkert\*

Marcello Lauer\*\*

### RESUMO

Os processos de recuperação judicial contribuem para a preservação da atividade econômica viável com manutenção de empregos, geração de renda e recolhimento de tributos, além de importante incremento nos níveis de governança, transparência, planejamento e gestão, proporcionando melhores níveis de compliance, responsabilidade social com fomento do trabalho decente, investimentos e, em última instância, de desenvolvimento econômico. Decorre então que a viabilidade da empresa contém uma essencial função sistematizadora do ecossistema recuperacional, sendo adensada por normas jurídicas que precisam ser compatibilizadas a fim de que se alcance o objetivo do instituto. Assim, o Plano de Recuperação Judicial estabelecido no Artigo 53 da Lei exerce papel fundamental, devendo ser analisado considerando a perspectiva de viabilidade no futuro previsível. Neste contexto, o equacionamento dos créditos tributários, que não se submetem aos efeitos da recuperação judicial, integra o escopo da reestruturação. Em que pese o fato dos princípios da transação tributária

\* Advogada inscrita na OAB/PR sob o nº 69.067. Membro Comissão de Estudos de Recuperação Judicial e Falências OAB/PR.

\*\* Advogado inscrito na OAB/PR sob o nº 51.086 e Administrador de Empresas inscrito no CRA/PR sob o nº 9.917. Especialista em Planejamento e Gestão de Negócios, em Administração Financeira e MBA em Direito Empresarial. Membro Instituto Brasileiro de Executivos de Finanças – IBEF/PR. Membro TMA - Turnaround Management Association. Membro Comissão de Estudos de Recuperação Judicial e Falências OAB/PR.

### RESUMO

Os processos de recuperação judicial contribuem para a preservação da atividade econômica viável com manutenção de empregos, geração de renda e recolhimento de tributos, além de importante incremento nos níveis de governança, transparência, planejamento e gestão, proporcionando melhores níveis de compliance, responsabilidade social com fomento do trabalho decente, investimentos e, em última instância, de desenvolvimento econômico. Decorre então que a viabilidade da empresa contém uma essencial função sistematizadora do ecossistema recuperacional, sendo adensada por normas jurídicas que precisam ser compatibilizadas a fim de que se alcance o objetivo do instituto. Assim, o Plano de Recuperação Judicial estabelecido no Artigo 53 da Lei exerce papel fundamental, devendo ser analisado considerando a perspectiva de viabilidade no futuro previsível. Neste contexto, o equacionamento dos créditos tributários, que não se submetem aos efeitos da recuperação judicial, integra o escopo da reestruturação. Em que pese o fato dos princípios da transação tributária serem convergentes com o Artigo 47 da Lei 11.101/2005, a Lei nº 13.988/2020 estabeleceu limites vinculantes para a atuação da PGFN que podem inviabilizar a recuperação da empresa viável, hipótese em que caberá ao juízo universal, com a orientação principiológica, a decisão pela manutenção da empresa viável.

**Palavras-chaves:** (recuperação judicial; transação tributária; princípio da preservação da empresa viável; conflito).

### ABSTRACT

*The judicial reorganization proceedings contribute to the preservation of feasible economic activities, the maintenance of jobs, generation of income and tax collection, not to mention enhancing governance levels, transparency, planning and management, improving levels of compliance, social responsibility, promoting decent work, investments and, ultimately, economic development. It follows that the company's feasibility has an essential systematizing function in the reorganization ecosystem, being strengthened by laws that need to be compatibilized to achieve the purpose of the law. The judicial reorganization plan under article 53 of Law 11.101/2005 ("LFR") plays a fundamental role, which must be analyzed considering its feasibility in the foreseeable future. In this context, tax credits, which are not encompassed by the judicial reorganization settlement, must integrate the restructuring scope. Although the principles of tax transactions are convergent with article 47 of Law 11.101/2005, Law 13.988/2020 established binding limits to the National Treasury Attorney General's actions, that may impede a feasible company's reorganization, in which case the court, based on guiding principles, should decide*



for the company's maintenance.

**Keywords:** (judicial reorganization; tax transaction; principle of preserving the feasible company; conflict).

## Sumário

1. CONTEXTUALIZAÇÃO
  2. O BEM TUTELADO PELA RECUPERAÇÃO JUDICIAL
  3. A EVIDENCIAÇÃO DA VIABILIDADE DA EMPRESA
  4. OS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS
  5. A TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA DA LEI 13.988/20
  6. ATUALIZAÇÃO LEI 11.101/2005
  7. PONTOS CRÍTICOS DA ATUAL NORMA DE TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA
  8. REFLEXÕES E SOLUÇÃO APLICÁVEL
- REFERÊNCIAS

## 1. CONTEXTUALIZAÇÃO

Os processos de recuperação judicial contribuem para a preservação da atividade econômica viável com manutenção de empregos, geração de renda e recolhimento de tributos, além de importante incremento nos níveis de governança, transparência, planejamento e gestão, proporcionando melhores níveis de compliance, responsabilidade social com fomento do trabalho decente, investimentos e, em última instância, de desenvolvimento econômico.

Neste contexto, a relação entre os princípios da preservação da empresa e os da transação tributária suscita as mais atuais e relevantes discussões no meio recuperacional.

O ponto chave do processo é a identificação da efetiva capacidade de recuperação da empresa. Se o valuation embasado num consistente Plano de Recuperação Judicial apresentar valor superior ao de realização dos ativos num processo de falência, os interessados devem contribuir para a preservação da empresa, conforme o princípio da distribuição equilibrada de ônus.

Se a empresa é viável e os limites da transação tributária são insuficientes, não se pode admitir

que o Fisco tenha o poder de veto num processo recuperacional do qual não participou.

Assim, o presente artigo tem como objetivo analisar os efeitos da transação tributária, diante do devedor em recuperação, para que o princípio da preservação da empresa tenha sentido legítimo.

## 2. O BEM TUTELADO PELA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Tendo como base os princípios a preservação da empresa, a proteção aos trabalhadores e os interesses dos credores, o artigo 47 da Lei 11.101/2005 dispõe acerca do bem jurídico tutelado:

*“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.”*

Portanto, como norma jurídica, o artigo apresenta os fundamentos que norteiam o processo recuperacional, estabelecendo o princípio da distribuição equilibrada de ônus, que orienta tanto a Recuperanda como todos os Credores no dever de colaborar para que se mantenha em funcionamento a atividade produtiva viável a fim de permitir a eficácia da norma com a produção de efeitos sociais concretos consubstanciados na obtenção dos benefícios sociais decorrentes da continuação dessas atividades, no caso a geração de receitas, emprego e renda, circulação de riquezas, bens e serviços, bem como o recolhimento de tributos.

Esta é a exegese da norma, a intenção de preservar a empresa para que atinja sua função social, dando efetividade aos princípios constitucionais da ordem econômica, disposto no artigo 170 da Constituição, sobretudo porque valoriza o trabalho humano e a livre iniciativa, garantindo que a empresa alcance a sua função social.

Não se está falando em favorecimento da empresa ou do empresário, mas sim da real possibilidade de soerguimento da fonte produtiva, retratada na manutenção dos empregos, pagamento aos credores, arrecadação de impostos, empregos indiretos e fomento da economia, proporcionando o crescimento econômico do país.



Trata-se de verdadeira transação, em que as partes abdicam de parte de seus direitos em detrimento de um bem maior, visando o interesse coletivo, o interesse público, que consagra a função social como um dos pilares do estado democrático de direito.

Portanto, de fácil compreensão que a Recuperação Judicial, tem como princípio basilar a preservação da empresa, princípio intrinsecamente ligado ao interesse público.

### **3. A EVIDENCIAÇÃO DA VIABILIDADE DA EMPRESA**

A Recuperação Judicial instituída pela Lei 11.101/05, é a reorganização econômica, administrativa e financeira de uma empresa, feita com a intermediação da justiça.

Tem como objetivo viabilizar que a empresa supere a situação de crise econômico-financeira, buscando evitar a falência.

Seu alicerce está preceituado no Art. 47 da Lei, que traz em si o bem jurídico tutelado, a preservação da empresa.

Os princípios ali dispostos carregam os fundamentos que norteiam a condução do feito recuperacional, de forma que o Estado possa dar suporte às empresas com reais chances de recuperação, harmonizando e tutelando os interesses da coletividade, sem perder de vista os ditames fundamentais.

Decorre então que a viabilidade da empresa contém uma essencial função sistematizadora do ecossistema recuperacional, sendo adensada por normas jurídicas que precisam ser compatibilizadas a fim de que se alcance o objetivo do instituto.

E é através do Plano de Recuperação Judicial estabelecido no Artigo 53 da Lei, baseado na transação entre as partes, que se verifica a real possibilidade do soerguimento da atividade empresarial e o cumprimento do princípio da preservação da empresa.

O Plano de Recuperação judicial deverá conter, I - a discriminação dos meios de recuperação; II - demonstração da viabilidade econômica e III - laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor.

Está fundamentado no conceito de viabilidade, e, com isso, pretende o restabelecimento, sem gerar prejuízos significativos para todos os envolvidos, direta ou indiretamente.

Assim, o Plano de Recuperação Judicial exerce papel fundamental, devendo ser analisado considerando a perspectiva de viabilidade no futuro previsível.

O exame consiste em obter evidências apropriadas e suficientes sobre o Plano de Recuperação Judicial para avaliar se apresenta efetiva perspectiva de viabilidade. Para isso, é necessário que seja avaliada a capacidade da empresa manter-se em continuidade operacional, o going concern.

Devido à incerteza que caracteriza as projeções futuras, as premissas do plano de reorganização apoiam criticamente a análise de evidência de viabilidade das projeções, notadamente a capacidade de geração de caixa e o fluxo de caixa.

A análise combinada das conjunturas e dos fundamentos da empresa e do mercado são a base para a evidenciação da consistência das premissas que embasam as projeções. A conjuntura diz respeito a situações circunstanciais, que duram determinado tempo. Os fundamentos dizem respeito a condições de longo prazo, que não se alteram rapidamente. Os fundamentos de mercado referem-se a questões de base, como tamanho do mercado, tendências e hábitos de consumo, tecnologia e regulamentação. Já os fundamentos da empresa contemplam elementos como know-how, infraestrutura, pesquisa e desenvolvimento e reputação.

Para calcular o going concern, é necessário primeiro avaliar o período de projeção e duração do plano. Os primeiros dois a três anos marcam a fase mais aguda de implementação das medidas de reestruturação, enfatizando os direcionadores de valor do desempenho esperado da empresa (que refletem a estratégia para superar a situação de crise), seguindo-se da fase de estabilização e possíveis evoluções que devem ser fundamentadas nas premissas do Plano.

Assim, as projeções de geração de caixa e fluxo de caixa devem apresentar coerência com a análise fundamentalista e consistência técnica a partir da abordagem de avaliação com aplicação de consagradas metodologias de análise econômico-financeira de empresas e de valuation.



Para justificar a decisão da coletividade de credores, o valor da empresa resultante do plano de reorganização da empresa deve ser comparado com o valor dos ativos em caso de decretação de falência da empresa.

Neste contexto e com base no princípio da maximização dos ativos, sendo o valor da empresa apurado na perspectiva de continuidade maior que o valor de liquidação dos ativos em falência, todos os envolvidos no processo recuperacional, incluindo credores sujeitos, não sujeitos e justiça devem pautar sua atuação pelo melhor interesse da coletividade, colaborando para a adoção de medidas para a preservação da empresa, em razão de sua função social e contribuição à atividade econômica.

#### **4. OS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS**

Os créditos tributários não se sujeitam a recuperação judicial, mas integram a coletividade de credores a serem contemplados no Plano de Reestruturação, notadamente em razão da perspectiva de continuidade da empresa.

Conforme preceitua o artigo 6º, §7º da LRF: “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”.

Ocorre, que há previsão do artigo 57 da mesma lei, que diz: “Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembleia-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 do arts. 151, 205, 206 da lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional”.

A LC 118/05 alterou o Código Tributário Nacional e acrescentou o 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.

Já o artigo 68 da LRF e 155-A do Código Tributário Nacional, dispõem que a regulamentação do parcelamento se dará através de lei especial.

Diante de um longo período de incertezas e discussões foi a jurisprudência que trouxe a pacificação sobre o assunto e em observância ao princípio da preservação da empresa assentou o entendimento de ser o parcelamento do crédito tributário na recuperação judicial um direito do contribuinte e não uma Faculdade da Fazenda Pública.

E mais, enquanto não editada lei específica, entendeu pelo descabimento da aplicação do disposto no Art. 57 da Lei 11.101/2005 e no Art.191-A do CTN.

Entretanto, com a edição da Lei 13.988/20, indaga-se se pode ser considerada superado o tema da dispensa de CND (especificamente em relação ao crédito tributário de natureza federal), sob o argumento de que atualmente seria possível as sociedades empresárias em recuperação judicial equacionarem os seus débitos.

#### **5. A TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA DA LEI 13.988/20**

A transação tributária integra as modalidades de extinção do crédito tributário, segundo o artigo 156, inciso III, do Código Tributário Nacional - CTN<sup>1</sup>.

Resta firmada no art. 171 do CTN nos seguintes termos: “ A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e conseqüente extinção de crédito tributário.”

<sup>1</sup> Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

- I - o pagamento;
  - II - a compensação;
  - III - a transação;
  - IV - remissão;
  - V - a prescrição e a decadência;
  - VI - a conversão de depósito em renda;
  - VII - o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no artigo 150 e seus §§ 1º e 4º;
  - VIII - a consignação em pagamento, nos termos do disposto no § 2º do artigo 164;
  - IX - a decisão administrativa irreformável, assim entendida a definitiva na órbita administrativa, que não mais possa ser objeto de ação anulatória;
  - X - a decisão judicial passada em julgado.
  - XI - a dação em pagamento em bens imóveis, na forma e condições estabelecidas em lei.
- Parágrafo único. A lei disporá quanto aos efeitos da extinção total ou parcial do crédito sobre a ulterior verificação da irregularidade da sua constituição, observado o disposto nos artigos 144 e 149.



Sancionada em 14 de abril de 2020, fruto da conversão da Medida Provisória nº 899/2019, com emendas, a Lei Federal nº 13.988/2020, dispõe de modalidades de transação tributária em nível federal. Altera as Leis 13.464, de 10 de julho de 2017, e 10.522, de 19 de julho de 2002.

Por seus destinatários a União, as suas autarquias e fundações, e os devedores ou as partes adversas.

Seu escopo mediato é a realização de transação resolutive de litígio atinente à recuperação de créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária.

E por desígnio intrínseco tem-se o interesse público.

Em seus termos, existindo juízo de oportunidade e conveniência, poderá haver a negociação tributária em quaisquer das modalidades previstas no referido veículo normativo, atendendo o interesse público e de forma motivada.

De forma bucólica trata-se da materialização dos objetivos fundamentais do Estado, os quais se manifestam por meio da concretização dos direitos fundamentais e da observância dos princípios constitucionais.

A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional - PGFN prontamente normatizou o tema através da portaria nº 9.917/20 exteriorizando seu entusiasmo.

Isso porque a Lei se apresenta ao ordenamento jurídico como algo inédito na esfera federal, como uma evolução evidente em comparação ao cenário dos “parcelamentos”.

O procedimento da transação tributária promete trazer à baila a viabilidade de negociação e de análise específica dos créditos e concreta dos contribuintes.

Portanto, apresenta-se como um modelo relacional que prima pela função social dos tributos, em oposição a relação ora vivenciada entre contribuinte e fisco, para a construção de relações de confiança e colaboração, capazes de viabilizar a solução de conflitos centrado em autocomposição, este sim em consonância ao principado democrático.

Prova disso, é como a portaria anuncia os princípios e objetivos da lei:

“Art. 2º São princípios aplicáveis à transação na cobrança da dívida ativa da União:

- I - presunção de boa-fé do contribuinte;
- II - concorrência leal entre os contribuintes;
- III - estímulo à autorregularização e conformidade fiscal;
- IV - redução de litigiosidade;
- V - menor onerosidade dos instrumentos de cobrança;
- VI - adequação dos meios de cobrança à capacidade de pagamento dos devedores inscritos em dívida ativa da União;
- VII - autonomia de vontade das partes na celebração do acordo de transação;
- VIII - atendimento ao interesse público;
- IX - publicidade e transparência ativa, ressalvada a divulgação de informações protegidas por sigilo, nos termos da lei.”

“Art. 3º São objetivos da transação na cobrança da dívida ativa da União:

- I - viabilizar a superação da situação transitória de crise econômico-financeira do sujeito passivo, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora e do emprego dos trabalhadores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica;
- II - assegurar fonte sustentável de recursos para execução de políticas públicas;
- III - assegurar que a cobrança dos créditos inscritos em dívida ativa seja realizada de forma a equilibrar os interesses da União e dos contribuintes;
- IV - assegurar que a cobrança de créditos inscritos em dívida ativa seja realizada de forma menos gravosa para União e para os contribuintes;
- V - assegurar aos contribuintes em dificuldades financeiras nova chance para retomada do cumprimento voluntário das obrigações tributárias correntes.”

A previsão da possibilidade de transação de créditos tributários não judicializados que estejam na Receita Federal, foi uma das alterações trazidas pela Lei, em relação a MP do Contribuinte Legal. Tem-se, portanto, como objeto (I) tributários na RFB (não judicializados), (II) dívida ativa e aos tributos da União (PGFN) e (III) dívida ativa das autarquias e fundações públicas federais.

Dentre as vedações estão, multas criminais; devedor contumaz (PL 1.646); acumulação dos benefícios; redução do montante principal do crédito.



São três as suas modalidades, (I) por proposta individual ou por adesão eletrônica, na cobrança de créditos inscritos na dívida ativa, (II) por adesão (edital) eletrônica, nos demais casos de contencioso judicial ou administrativo tributário e (III) por adesão (edital) eletrônica, no contencioso tributário de pequeno valor.

Em linhas gerais as obrigações assumidas decorrem da própria lei e seus regulamentos, aos quais sujeitos os contribuintes que desejem a transação, tais como, (I) não utilizar a transação gerando abuso concorrencial, (II) não valer-se de interposta pessoa - natural ou jurídica, (III) não esvaziamento patrimonial de forma a frustrar a capacidade de pagamento (III) desistir de recursos e impugnações referente a questões transacionadas e que já estejam sendo objeto de discussão administrativa ou judicial. Além de outras obrigações, constantes em edital ou que poderão ser negociadas e inseridas nos termos individuais de transação.

Ainda, poderá exigir: I - pagamento de entrada mínima como condição à adesão; II - manutenção das garantias associadas aos débitos transacionados, quando a transação envolver parcelamento, moratória ou diferimento; III - apresentação de garantias reais ou fidejussórias, inclusive alienação fiduciária sobre bens móveis ou imóveis e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, títulos de crédito, direitos creditórios ou recebíveis futuros.

A portaria apresenta as condições dos parcelamentos, mora, descontos possíveis e sua proporcionalidade, compreendidos na capacidade da recuperabilidade, que classifica como: I - créditos tipo A: créditos com alta perspectiva de recuperação; II - créditos tipo B: créditos com média perspectiva de recuperação; III - créditos tipo C: créditos considerados de difícil recuperação; IV - créditos tipo D: créditos considerados irrecuperáveis.

Os benefícios trazidos contemplam, (I) descontos, exclusivos aos créditos irrecuperáveis e de difícil recuperação; (II) parcelamentos; diferimento ou moratória; (III) flexibilização das regras para aceitação, avaliação, substituição e liberação de garantias; (IV) flexibilização das regras para constrição e alienação de bens; utilização créditos líquidos e certos do contribuinte em desfavor da União, reconhecidos em decisão transitada em julgado, ou de precatórios federais para fins de amortização ou liquidação (cessão fiduciária por escritura pública).

Seus efeitos, (I) enquanto não formalizada não suspende a exigibilidade dos créditos nem o andamento das execuções. (Exceção: Transação individual: Suspensão do processo

nos termos do CPC por convenção das partes); (II) após a formalização: suspende exigibilidade quando envolver parcelamento, moratória ou diferimento; (III) ato inequívoco de reconhecimento pelo devedor dos débitos transacionados (quando envolverem descontos, parcelamentos, moratórias ou diferimento); (IV) extinção débitos transacionados: somente quando cumprido integralmente o acordo; (V) possibilidade de desistência da execução fiscal de débito transacionado, quando inexistentes, nos autos, informações de bens úteis à satisfação, parcial ou integral, dos débitos executados.

A empresa em recuperação judicial poderá aderir a transação por adesão (proposta de transação formulada pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, nos termos do respectivo edital) ou através de transação individual por proposta do contribuinte, sob qual a atenção do presente.

Os devedores inclusos nessa modalidade poderão transacionar apresentando um plano de recuperação fiscal e a negociação ocorrerá com a PGFN.

Como visto, em que pese sujeito à negociação, responde a parâmetros mínimos estabelecidos pela lei e pela portaria, restando classificado como irrecuperabilidade presumida, advindo da lei, portanto independente da sua situação financeira.

O Plano de Recuperação fiscal deverá conter a descrição dos meios para a extinção dos créditos inscritos em dívida ativa da União e a juntada de extenso arsenal probatório de informações fiscais, contábeis, patrimoniais e operacionais.

Assim, em conjunto com a recuperabilidade serão analisados (a) o tempo da cobrança; (b) suficiência e liquidez de garantia eventualmente prestadas; (c) parcelamentos ativos; (d) perspectivas de êxito das estratégias de cobrança; (e) custo da cobrança judicial; (f) histórico de parcelamentos (e reparcelamentos); (g) tempo de eventual suspensão por decisão judicial; e (h) situação econômica e capacidade de pagamento.

O Plano de Recuperação Fiscal deve ser apresentado em consonância ao Art. 57 da Lei 11.101, de 2005.



## 6. ATUALIZAÇÃO LEI 11.101/2005

Recentemente sancionada com vetos, a Lei 14.112/2020 altera a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária (11.101/05 e 8.929/94), assim como a legislação tributária federal aplicável a matéria (10.522/02).

Relativamente as questões tributárias destaque para a manutenção da extraconcursalidade dos tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência, porém com a inovação do inciso III, do Art. 83, que os incluiu como exceção, juntamente com as multas tributárias.

Destaque também para os vetos relativos a ordem tributária<sup>2</sup>, constantes no Projeto de Lei nº 4458/2020, tratando-se do art. 6-B, (Lei 11.101/05), acrescido pelo art. 2º do Projeto: o abatimento do ganho de capital resultante da alienação judicial de bens ou direitos das recuperandas, de prejuízos fiscais e base de cálculo da CSLL de forma ilimitada (sem a trava de 30%) e art. 50-A (Lei 11.101/05), acrescido pelo art. 2º do Projeto: I. a não tributação do PIS e da COFINS sobre a receita obtida pelo devedor com o desconto alcançado na renegociação; II. compensação do ganho obtido pelo devedor na redução da dívida com prejuízos fiscais de forma ilimitada (sem a trava de 30%) na apuração do IRPJ e da CSLL; III. dedução das despesas das obrigações assumidas no plano de recuperação judicial na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

Em breve síntese, a) autorizou a moratória dos tributos da pessoa jurídica sobre ganho de capital, decorrente da alienação de bens ou direitos, possibilitando o parcelamento e atualização monetária do IRPJ e da CSLL, incidentes; b) trouxe modalidades de parcelamentos e c) a transação.

Dentre alguns dos requisitos ordinários para qualquer modalidade de parcelamento assumida pelo devedor, verifica-se: a) obrigatoriedade de se firmar termo de compromisso, no qual estará previsto o fornecimento à RFB e à PGFN de informações bancárias, inclusive aplicações, e eventual comprometimento de recebíveis e demais ativos futuros; b) o dever de amortizar o saldo devedor do parcelamento com percentual do produto de cada alienação de bens e

<sup>2</sup> Frisa-se, que os vetos presidenciais pendem de apreciação pelo Congresso Nacional, quando da elaboração desse artigo.

direitos integrantes do ativo não circulante realizada durante o período de vigência do plano de recuperação judicial; c) a manutenção da regularidade fiscal; d) o oferecimento de garantia idônea e suficiente, aceita pela Fazenda Nacional em juízo; e) microempresas e as empresas de pequeno porte farão jus a prazos 20% superiores àqueles regularmente concedidos às demais empresas; f) a permissão de desistência de outros tipos de parcelamentos em curso e migração do saldo devedor; g) a não liberação de bens dados ou constituídos em garantia do devedor ou responsáveis; h) a aplicação a débitos de autarquias e fundações públicas federais, no que couber.

Na modalidade de até 120 prestações (débitos inscritos ou não em dívida ativa, constituídos ou não, ainda que não vencidos) tem-se os seguintes percentuais mínimos a serem aplicados sobre o valor da dívida consolidada: (i.1) da 1ª à 12ª prestação: 0,5%; (i.2) da 13ª à 24ª prestação: 0,6%; (i.3) 25ª prestação em diante: percentual deve corresponder ao saldo remanescente, em até 96 prestações.

Para até 84 prestações (débitos não inscritos em dívida ativa e administrados pela Receita Federal do Brasil, constituídos ou não, ainda que não vencidos), a (i) liquidação de até 30% da dívida consolidada no parcelamento com a utilização de créditos decorrentes de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da CSLL ou com outros créditos próprios relativos a tributos administrados pela RFB, hipótese em que o restante poderá ser parcelado em até 84 parcelas. Observarão os seguintes percentuais mínimos a serem aplicados sobre o valor da dívida consolidada: (i.1) da 1ª à 12ª prestação: 0,5%, (i.2) da 13ª à 24ª prestação: 0,6%; (i.3) 25ª prestação em diante: deve corresponder ao saldo remanescente, em até 60 prestações. (ii) o valor do crédito decorrente de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da CSLL será determinado por meio da aplicação das seguintes alíquotas: (ii.1) 25% sobre o montante do prejuízo fiscal; (ii.2) 20% sobre a base de cálculo negativa da CSLL, no caso das pessoas jurídicas de seguros privados, das pessoas jurídicas de capitalização e das pessoas jurídicas referidas nos incisos I, II, III, IV, V, VI, VII e X do § 1º do art. 1º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001; (ii.3) 17% sobre a base de cálculo negativa da CSLL, no caso das pessoas jurídicas referidas no inciso IX do § 1º do art. 1º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001; (ii.4) 9% sobre a base de cálculo negativa da CSLL, no caso das demais pessoas jurídicas.

Por fim, no caso de até 24 prestações (débitos inscritos ou não inscritos em dívida ativa, relativos a tributos passíveis de retenção na fonte, de desconto de terceiros ou de sub-



rogação, ou relativos a IOF retido e não recolhido), os seguintes percentuais mínimos devem ser aplicados sobre o valor da dívida consolidada: (i.1) da 1ª à 6ª prestação: 3%; (i.2) da 7ª à 12ª prestação: 6%; (i.3) 13ª prestação em diante: percentual deve corresponder ao saldo remanescente, em até 12 prestações mensais e sucessivas.

As proposições de exclusão são: a) falta de pagamento de 6 parcelas consecutivas ou de 9 parcelas alternadas; b) falta de pagamento de 1 até 5 parcelas, conforme o caso, se todas as demais estiverem pagas; c) constatação, pela Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil ou pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, de qualquer ato tendente ao esvaziamento patrimonial do sujeito passivo como forma de fraudar o cumprimento do parcelamento; d) a decretação de falência ou extinção, pela liquidação, da pessoa jurídica optante; e) a concessão de medida cautelar fiscal; f) a declaração de inaptidão da inscrição no CNPJ; g) a extinção sem resolução do mérito, ou a não concessão da recuperação judicial, bem como a convalidação desta em falência; ou o descumprimento de quaisquer das condições aplicáveis às modalidades de parcelamento previstas para recuperandas.

E como consequências da exclusão, importa evidenciar que a Lei 14.112/2020 concede a Fazenda Nacional a faculdade de requerer a convalidação da recuperação judicial em falência, além da possibilidade de exigibilidade imediata da totalidade do débito confessado e ainda não pago, com o prosseguimento das execuções fiscais relacionadas e atos de constrição e de alienação; a execução automática das garantias; o restabelecimento e cobrança dos valores liquidados com os créditos fiscais, na hipótese de parcelamento na modalidade de até 84 prestações, com a utilização de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa e outros créditos.

Pois bem, já a Transação Tributária restou assim estabelecida:

Prazo em até 120 meses; dilação por mais 12 meses se envolve projetos sociais e 145 meses para pessoa natural, microempresa ou empresa de pequeno porte continua aplicável.

O limite máximo para reduções de até 70%.

Serão observados o porte da empresa e a quantidade de vínculos empregatícios por ela mantidos, bem como a proporção do passivo fiscal diante das demais dívidas.

Suspensão das execuções fiscais, salvo oposição justificada por parte da PGFN, a ser apreciada pelo juízo competente.

Como obrigações adicionais: a) fornecimento à PGFN de informações bancárias e empresariais, incluídas aquelas sobre extratos de fundos ou aplicações financeiras e sobre eventual comprometimento de recebíveis e demais ativos futuros; b) manutenção de regularidade fiscal perante a União e junto ao FGTS, conservando o certificado de regularidade respectivo deste último; c) demonstração de ausência de prejuízo decorrente do cumprimento das obrigações contraídas com a celebração da transação em caso de alienação ou de oneração de bens ou direitos integrantes do respectivo ativo não circulante.

Por fim, a rescisão da transação, por inadimplemento, ocorre nas seguintes hipóteses: a) pela falta de pagamento de 6 parcelas consecutivas ou de 9 parcelas alternadas; ou b) pela falta de pagamento de 1 até 5 parcelas, conforme o caso, se todas as demais estiverem pagas. De sorte que, os dispositivos mais inovadores imbuídos de alinhar a legislação tributária aos ditames da recuperação e preservação da empresa, restaram afastados, tendo sido facultado a Fazenda Nacional o direito de requerer a convalidação da recuperação judicial em falência em caso de inadimplemento, como se credor fosse.

## **7. PONTOS CRÍTICOS DA ATUAL NORMA DE TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA**

Pelo caráter contratual da recuperação judicial, que se traduz em novação da dívida, podem devedor e credores renegociar o crédito livremente, estabelecendo novos prazos e condições de pagamento, tudo visando o saneamento da empresa, garantindo seu funcionamento.

Por tal razão, um dos princípios informativos do novo diploma (Lei 11.101/05 que substituiu a Concordata) foi o de ampliar a participação dos credores no processo de recuperação judicial, reduzindo a interferência do juízo. Daí porque o próprio deferimento da recuperação judicial é, em regra, resultante da aprovação, pelos credores, do plano apresentado pelo devedor (art. 45), deixando-se ao juiz o controle de legalidade e a faculdade de deferimento da recuperação na hipótese de não aprovação do plano, na exceção do art. 58, § 1º da Lei 11.101/2005.

Todavia, ao tutelar o interesse dos credores, a Lei o faz no sentido lato da palavra, ou seja, visa proteger os credores no sentido coletivo, não sendo justificável que em um processo de recuperação baseado na distribuição equilibrada de ônus se atinja o interesse de um credor em detrimento dos outros credores, do devedor e até mesmo dos próprios trabalhadores.



Nesse complexo ecossistema recuperacional, nos termos do Artigo 6º, §7º da Lei, o crédito fiscal não se submete ao processo de recuperação judicial. Porém, o Artigo 57 estabelece que o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários.

Preliminarmente, antes de adentrar ao núcleo da discussão proposta, importa o breve apontamento quanto a classificação do crédito fiscal, pois não submetido aos ditames recuperacionais, sendo mantido pela Lei 14.112/2020 a sua natureza extra concursal.

Da mesma sorte, preserva-se a previsão do Art. 57 da LRF e Art.191-A do CTN, norma submetida a severas críticas e intitulada por muitos como uma forma de controle indireto para a satisfação do crédito fiscal.

Isto, pois não sujeito as mesmas condições perante os demais credores, porém com poder para, mesmo sem voto, determinar o destino da empresa, homologando a sua recuperação ou decretando a sua falência.

De outro giro, o devedor em recuperação judicial ao ser compelido a apresentação de uma proposta de pagamento tão somente perante o ente Federal (enquanto não há regulamentação nas demais esferas), poderá trazer enorme desequilíbrio, e com o risco do não cumprimento da norma, visto ser o passivo Estadual e Municipal de grande monta na maior parte das empresas.

Não suficiente, caso ocorra o inadimplemento do parcelamento e/ou transação dos débitos tributários federais que fora compelido a realizar, poderá o fisco requerer a convolação da sua falência, conforme inteligência da nova norma cogente.

Em suma, as alterações trazidas pela Lei de Recuperação e Falência de nº 14.112/2020, fruto do Projeto de Lei nº 4458/20, que firmou o compromisso de consolidar e trazer para o instituto da insolvência (Lei 11.101/05) o equilíbrio necessário para a atuação equânime de seus atores, infelizmente elevou ao protagonismo um agente fora dos palcos, falhando no seu intento.

Adentrando os pontos sensíveis trazidos pela Transação Fiscal, quanto ao devedor em recuperação judicial, importa observá-los pelo prisma do Art. 47, da LRF, a fim de evitar o reducionismo do instituto à mera renegociação de dívidas.

Com o advento da Lei 13.988/2020, o atual cenário, em regra, dispõe de prazo de quitação em até 84 parcelas e descontos de até 50%.

Apresentado pela nova Lei (ainda carente de regularização), Transação Tributária pelo prazo em até 120 meses, com limite máximo para reduções de até 70%.

No panorama de insolvência, em que o devedor recorre ao judiciário para a superação da sua crise, mesmo sendo ofertado ao empresário individual, microempresa e empresa pequeno porte, instituição de ensino, Santa Casa, Cooperativa e Organização Social Civil, um parcelamento em até 145 meses e redução de até 70%, podem verificar-se insuficientes, pois são diferentes as dificuldades e complexidades que envolvem cada atividade empresarial, desconsiderando a capacidade contributiva de cada agente.

A exemplo do vivenciado pela Lei 13.043/14 (que acrescentou o art. 10-A à lei 10.522/02), que tratou-se de uma modalidade especial de parcelamento para empresas em recuperação, e provou-se inoperante perante a vivência dos processos de recuperação judicial, verificando-se inclusive inferior a inúmeros outros parcelamentos praticados em Programas de Débitos Federais.

De outro ângulo, diferentemente do que ocorre com a negociação entre o devedor em recuperação judicial e os seus credores privados, com argumentos principiológicos lastreados no equívoco da interpretação de ordem pública, cravada pela visão de um estado autoritário e não democrático de direito, o fisco apresenta pré-condições e vedações limitantes a uma negociação equilibrada, diante da condição de especialidade em que se encontra uma empresa em recuperação.

Contraditório ao que se auto intitulou, de difícil compreensão ver a Transação Fiscal como mudança de paradigma que estabelece uma relação menos hierarquizada e mais negocial entre o fisco e o contribuinte.

O devedor em recuperação judicial está diante de um projeto de reestruturação complexo e limítrofe, representado pelo seu Plano de Recuperação Judicial e a intersecção deste com o Plano Fiscal não é apenas necessária, mas medida que se impõe, para que ocorra a solução da crise financeira da empresa e a concretude dos princípios norteadores de ambos os institutos.



A Transação Fiscal não inova e não repara as normativas já experimentadas para dar concretude a previsão legal dos artigos 68 da LRF e 155-A do CNT, permanecendo, assim, inviável a exigência de certidão negativa tributária para a concessão da recuperação prevista nos artigos 57 da LRF e 191-A do CNT.

De sorte que em se tratando de devedor em recuperação judicial, os esforços depreendidos pelos entes privados e públicos devem convergir para o soerguimento da atividade viável, que reestruturada voltará a cumprir com a sua função social.

Como se verifica, se a Transação Tributária não propiciar a discussão sobre a viabilidade da atividade empresarial, permitindo a flexibilização visando a superação das dificuldades conjunturais do devedor nos mesmos parâmetros que discutidos pelos credores privados de acordo com o PRJ, maculado estará o princípio da preservação da empresa.

## 8. REFLEXÕES E SOLUÇÃO APLICÁVEL

Do exposto, resta evidente que inexistente conflito entre os princípios da recuperação judicial e da Transação Tributária, estabelecendo-se, então, a preservação da empresa viável como o “mandamento nuclear” ou “disposição fundamental”<sup>3</sup> do sistema recuperacional.

Ocorre que as novas regras de Transação Tributária estabelecem condições e limites determinados e não proporcionais, fazendo com que a transação seja um ato administrativo com seus elementos constitutivos vinculados à lei. Se tais limites não forem suficientes para viabilizar a continuidade da empresa, inexistirá espaço para a discricionariedade do agente público, indeferindo a Transação Tributária.

Considerando o exposto no presente trabalho, resta evidenciado que a Transação Tributária, ainda que bilateral entre o Fisco e o devedor em processo de recuperação judicial, abrirá um novo campo de discussão sobre o conflito entre as normas de transação tributária e o princípio da preservação da empresa viável ao permitir que o ente estatal, tenha o poder de veto indireto num processo recuperacional do qual não participou.

3 Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de direito administrativo, p. 408.

O risco é ser a Transação Fiscal, que se auto intitulou como um avanço nas relações entre contribuinte e Fisco, um retrocesso para o instituto falimentar, na medida de que a norma cogente, sobreponha-se a preservação da empresa.

Esse momento será decisivo. Uma visão reducionista do instituto de recuperação limitando-o à renegociação de dívidas poderá levar a operação viável à falência.

Assim, considerando as palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello: “Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais [...]”<sup>4</sup>

O entendimento de Jorge Lobo<sup>5</sup> esclarece que “para boa aplicação da lei deve haver ponderação de fins e princípios, sempre tendo em vista que a solução do conflito em si será casuística, condicionada pelas alternativas que se apresentem como hábeis para a solução do problema. Deverá o juiz sempre ter em vista, com a orientação principiológica, a prioridade que a lei estabeleceu para a ‘manutenção da fonte produtora’, ou seja, recuperação da empresa”.

Caberá ao juízo universal decidir no caso concreto a fim de garantir a efetivação do mandamento da norma, como afirma Fábio Ulhoa Coelho<sup>6</sup>: “a recuperação judicial não pode significar a substituição da iniciativa privada pelo juiz na busca de soluções para a crise da empresa, mas sim, objetivar e garantir o regular funcionamento das estruturas do livre mercado”, concluindo que “o papel do Estado-juiz deve ser apenas o de afastar os obstáculos ao regular funcionamento do mercado”.

Considerando que no processo recuperacional as partes devem abdicar de parte de seus direitos em detrimento de um bem maior, visando o interesse coletivo, o interesse público, que consagra a função social como um dos pilares do estado democrático de direito, é necessária uma mudança de paradigma dos credores, em especial Fisco, que deverá reformular profundamente seus conceitos acerca do princípio da preservação da empresa, e os colocar como objetivos a serem valorizados precipuamente.

4 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. Op. cit. p. 959.

5 Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada, RT 379, pág. 136.

6 Ulhoa Coelho, Fábio. Comentários à Lei de Falências e Recuperação de Empresas. 7ª Ed. Saraiva. p.132



## REFERÊNCIAS

1. BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm).
2. BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm).
3. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).
4. BRASIL. Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020. Dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica; e altera as Leis nos 13.464, de 10 de julho de 2017, e 10.522, de 19 de julho de 2002. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.988-de-14-de-abril-de-2020-252343978>.
5. BRASIL. Portaria nº 9.917, de 14 de abril de 2020. Regulamenta a transação na cobrança da dívida ativa da União. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-9.917-de-14-de-abril-de-2020-252722494>.
6. BRASIL. Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020. Altera as Leis nºs 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/144510>.
- 7 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. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- 8 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 1993.

9 ULHOA COELHO, Fábio. Comentários à Lei de Falências e Recuperação de Empresas. 7ª Ed. Saraiva.



## OS DESAFIOS DO DIREITO DA INSOLVÊNCIA NO BRASIL\*

### THE CHALLENGES OF INSOLVENCY LAW IN BRAZIL

Carlos Alberto Farracha de Castro\*\*

#### Resumo

O Direito da Insolvência no Brasil passa por uma transformação. O objetivo desse texto é enfrentar alguns dos seus principais desafios. Dentre os desafios, embora de modo não exaustivo, destaca-se: (1) o agente econômico; (2) autonomia do Direito da Insolvência; (3) Superendividamento no Brasil; (4) Desmistificando a Falência; (5) Imediato Retorno à Atividade Produtiva (Fresh Start); (6) Dever de Renegociar.

**Palavras-Chave.** Insolvência. Brasil. Reforma da Lei Falimentar. Desafios.

**Abstract:** *Insolvency law in Brazil is undergoing a transformation. The purpose of this text is to critically examine some of its main challenges. Among the challenges examined, by no means an exhaustive list, the following stand out: (1) the economic agent; (2) insolvency law autonomy; (3) Over-indebtedness in Brazil; (4) Demystifying Bankruptcy; (5) Immediate Return to Productive Activity (Fresh Start); (6) Duty to Renegotiate.*

**Key words.** *Insolvency. Brazil. Bankruptcy Law Reform. Challenges.*

\* O presente texto foi produzido em razão da palestra proferida por ocasião do I Congresso Internacional de Direito Comercial, realizado pela PUC-PR, em 10 de Novembro de 2020;

\*\* Advogado – Doutor em Direito UFPR. Presidente da Comissão de Estudos de Recuperação Judicial e Falência da OAB/PR.

## INTRODUÇÃO

O Direito da Insolvência no Brasil passa por uma transformação, inclusive com a reforma da Lei n.11.101/2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Em verdade, a situação econômica brasileira afetada pelo cenário internacional pós-crise bancária americana (2008), agravada por problemas estruturais e sociais internos, somado ao estado de pandemia instaurado pela Covid-19, motivou um debate nacional para perfeição da lei de insolvência com o objetivo de positivizar jurisprudência consagrada nos tribunais. O debate contribui, pois, para o aumento da segurança jurídica, bem como aumentar a previsibilidade do processo de recuperação judicial, além de inserir mecanismos que permitam uma maior eficiência na realização dos ativos do falido, sem prejuízo de disciplinar a insolvência transnacional, de modo a auxiliar uma maior inserção do Brasil no comércio internacional.

O objetivo desse texto é enfrentar alguns dos principais desafios do Direito da Insolvência no Brasil, independentemente da reforma da Lei n.11.101/2005, aprovada por intermédio da Lei n.14.112/2020. Afinal, é preciso mais<sup>1</sup>, uma vez que o “direito é muito maior do que a lei e seu objetivo deve ser sempre a realização da Justiça”<sup>2</sup>.

#### Justificativa da Nomenclatura Insolvência.

A nomenclatura escolhida para o desenvolvimento do presente estudo, ou seja, “novos rumos do direito da insolvência”, ao invés de “novos rumos do direito falimentar”, ou mesmo “novos rumos do direito concursal ou recuperacional” é proposital, vez que não se pode mais admitir, quando da “crise econômica ou financeira” de um agente econômico, a manutenção do dualismo entre a figura do sujeito empresário (independentemente se pessoa física ou jurídica) e do sujeito não empresário. Pelo contrário. Aqui, aliás, reside um dos desafios do direito da insolvência no Brasil.

1 Nesse sentido a opinião de Carlos Alberto de Oliveira CRUZ, externada ainda sob a égide do revogado Decreto-lei n.7661/45: “A solução para dar plena efetividade ao Direito Concursal está na sua compreensão de sistema, como rede axiológica de princípios e normas, e de sua aplicação decorrente de um processo interpretativo hierarquizador. Ao aplicar o direito concursal o intérprete considerará a Constituição Federal, a lei específica (Decreto-Lei 7.661/45 ou nova lei que venha a ser aprovada), e o conjunto de princípios e valores previamente identificados como preponderantes no trato da matéria” (in Falência e Concordata - A interpretação Sistemática no Direito Concursal Brasileiro. Porto Alegre: Editora Síntese, Revista Jurídica nº 248, pp. 26/27).

2 Superior Tribunal de Justiça, Resp.495, in RSTJ 8/301.



## 1º. Desafio Agente Econômico

Com efeito, a crise econômica se revela um problema social de grave magnitude para a toda sociedade, razão pela qual, se impõe que os operadores do direito e, por via de consequência, o direito escrito supere a dicotomia empresário ou não empresário, passando a tratar do agente econômico.

Nada mais justifica que agentes econômicos como as cooperativas<sup>3</sup>, prestadores de serviços, associações e outros agentes econômicos, enfrentando crise econômica suscetível de reversão, não possam se socorrer do instituto da recuperação judicial ou extrajudicial, a exemplo do que sucede como os empresários.

Portanto, a tendência universal do mundo ocidental é a unificação dos processos de insolvência e recuperação de empresas, abrangendo tanto empresários como sujeitos não empresários (pessoa física ou jurídica). O legislador brasileiro, porém, por ocasião do advento da Lei n.11.101/2005, em data de 09/02/2005 não subscreveu literalmente essa tendência, limitando seu campo de atuação a pessoa do empresário. Ao que tudo indica o legislador brasileiro, assim o fez (embora, na nossa ótica, de modo totalmente errôneo), com o intuito de adaptar a Lei nº11.101/05 ao Código Civil Brasileiro. Afinal, no tocante as cooperativas, o artigo 982, parágrafo único, Código Civil Brasileiro<sup>4</sup> estabelece à qualidade jurídica (simples) pela forma e não, pelo exercício da atividade (objeto). Todavia, nesse particular, há que se registrar a infelicidade do legislador, uma vez que, agindo, como agiu, dificultou que as sociedades cooperativas agrícolas façam uso do instituto da recuperação judicial e extrajudicial.

Nesse particular, a despeito de outros avanços e retrocessos, a Lei n.14.122 que tratou da reforma da Lei n.11.101/2005, infelizmente, manteve o dualismo empresário ou não empresário.

É bem verdade que existem inúmeras decisões judiciais superando esse dualismo. Nesse particular, destaca-se a decisão que deferiu o processamento do pedido de recuperação

<sup>3</sup> Exceto cooperativa de crédito, pois nesse caso se insere em regime especial, destinado as instituições financeiras e sociedades afins.

<sup>4</sup> Artigo 982 do Código Civil: 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. Parágrafo único: Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa”

judicial formulado pela Associação Sociedade Brasileira de Instrução (ASBI) e Instituto Cândido Mendes (ICAM)<sup>5</sup>, sendo a primeira à mais antiga instituição privada de ensino superior do Brasil, fundada em 1902 e mantenedora da Universidade Cândido Mendes. Na ocasião, em outras palavras, decidiu-se que embora as instituições não sejam empresárias e predomine o exercício de atividade intelectual, exercem atividade de modo profissional e habitual que produzem e fazem circular bens com finalidade econômica, razão pela qual, são agentes equiparáveis aos empresários e, portanto, passíveis de fazer uso do instituto de recuperação judicial.

Aliás, do mesmo modo, a possibilidade de o produtor rural ajuizar pedido de recuperação judicial estava se consolidando na jurisprudência, inclusive sedimentado entendimento de que a comprovação da regularidade do exercício da atividade empresário pelo período de 2 (dois) anos, exigida pelo artigo 48, caput, da Lei n.11.101/2005, não exige que esse lapso temporal seja computado tão somente após o registro na Junta Comercial, uma vez que mesmo antes do registro, o produtor rural exerce atividade profissional organizada para a produção de bens e serviços. Nesse sentido: Resp.1.800.032/MT, 4ª. Turma, Rel. p/ Acórdão Min. Raul Araújo, j.05.11.2019)<sup>6</sup>. Em verdade, essa discussão ficou superada, com o advento do artigo 48-A, parágrafo 2º.da Lei n.11.101/2001, instituído pela Lei n.14.112/2020.

Não se pode olvidar que a Constituição Federal, ao tratar da ordem econômica não faz distinção entre o exercício da atividade empresária ou não, enfatizando a atividade econômica em si. E mais, atualmente, existe um fenômeno de democratização da concessão de crédito a todos os agentes econômicos, independentemente se empresário ou não.

Entretanto, observado literalmente o texto de lei, o sujeito não empresário insolvente no Brasil enfrenta um verdadeiro e interminável calvário, uma vez que inexistente um procedimento célere para sua recuperação patrimonial e retorno a atividade econômica. Ora, as pessoas naturais e jurídicas não empresárias (repita-se) não possuem a faculdade de pedir recuperação judicial ou extrajudicial. Sujeitam-se ao arcaico e moroso processo de insolvência, previsto no artigo 748 a 786-A do antigo Código de Processo Civil de

<sup>5</sup> TJRJ, 5ª. Vara Empresarial, Processo 0093754-90.2020.8.19.0001, 17.05.2020

<sup>6</sup> No mesmo sentido, o Enunciado n.97 da III Jornada de Direito Comercial, promovida pelo Conselho da Justiça Federal: “O produtor rural, pessoa natural ou jurídica, na ocasião do pedido de recuperação judicial, não precisa estar inscrito há mais de dois anos no Registro Público de Empresas Mercantis, bastando a demonstração de exercício da atividade rural por esse período e a comprovação da inscrição anterior ao pedido”



1973, por força da regra prevista no 1052 artigo do atual Código de Processo Civil<sup>7</sup>, no qual inexistia uma possibilidade concreta renegociação dos débitos, inclusive retirando do sujeito insolvente sua autonomia negocial. Sua ineficácia é clarividente pelo simples fato que raramente é utilizado<sup>8</sup>.

Aqui, pois, reside o primeiro desafio, a saber: Superação da Dicotomia Sujeito Empresário e Sujeito não Empresário. Ou seja, estender ao agente econômico o tratamento e mecanismos outorgados aos empresários em matéria envolvendo a superação da crise econômico-financeira e sua reabilitação com retorno à atividade econômica.

Mas não é só. Indispensável se concretizar e reconhecer a autonomia do Direito da Insolvência, inclusive como cadeira de ensino autônoma, o que – também – se constitui um desafio.

## 2º. Desafio. Autonomia do Direito da Insolvência

A insolvência sempre foi um tema clássico do Direito Comercial. Entretanto, em pese a consolidação da atividade econômica organizada como objeto de preocupação e exame do direito empresarial, no que diz respeito a insolvência seu estudo ainda está vinculado a cadeira de direito empresarial. Aliás, no Brasil, sem qualquer demérito, na maioria dos manuais ou cursos de direito empresarial, a insolvência, quando muito, representa um capítulo específico de determinada cadeira de curso jurídico ou manual de direito empresarial.

Sucedem que o ensino e estudo do direito da insolvência não se resume a análise do direito empresarial. Possui, isso sim, conexão com diversos outros ramos do direito, como direito civil, processual civil, societário, consumidor, dentre outros<sup>9</sup>. Em verdade, a emancipação do

7 Art.1052 do CPC/2015: Até a edição de lei específica, as execuções contra o devedor insolvente, em curso ou que venham a ser propostas, permanecem reguladas pelo Livro II, Título IV, da Lei n.5.869, de 11 de janeiro de 1973”

8 “Não há um processo coletivo de renegociação de débitos da pessoa humana, pelo que o ordenamento jurídico não lhe concede autonomia para tratar de forma universal suas dívidas com seus credores. (...) À falta de um procedimento legal expresso de tratamento do endividamento patrimonial crítico, resta à pessoa humana o castigo da insolvência, cuja execução coletiva (a) retira-lhe a autonomia negocial (o insolvente, se não um morto civil, um incapaz), (b) é regulada por um concurso de credores arcaico, (c) mas que, de toda sorte e após o tortuoso trâmite, concede, ao final, a graça da irrestrita extinção de suas obrigações” (BUCAR, Daniel. Para além do superendividamento do consumidor: a construção de uma saída para recuperação patrimonial da pessoa humana. In Revista do Advogado da AASP, Ano XL, n.147, Setembro.2020, pg.32)

9 Nem se trata aqui de enfatizar a discussão tradicional se o direito da insolvência possui uma dimensão subs-

direito da insolvência é medida que se impõe, mesmo porque, conforme já exposto, não se pode mais tratar apenas do sujeito empresário e sim do agente econômico. Ou seja, o núcleo essencial do direito da insolvência compreende a recuperação ou liquidação dos agentes econômicos e todos os efeitos causados a sociedade em geral. Prova disso é que a legislação da insolvência tutela normas obrigacionais, processuais, trabalhistas, penais, dentre outras.

Esse fenômeno já é sentido no ensino do direito de insolvência nas universidades europeias. Em Portugal, a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, o programa de mestrado possui uma cadeira autônoma de Direito da Insolvência. Do mesmo modo na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, possui uma cadeira no curso de mestrado jurídico-forense. Na Alemanha, na Faculdade de Direito da Universidade de Munique a matéria de insolvência é dada na licenciatura. Na Faculdade de Direito da Universidade de Paris 1 Sorbonne, há um mestrado em direito das empresas em dificuldade<sup>10</sup>. No Brasil, esse fenômeno é sentido timidamente com a existência de revistas especializadas dedicadas apenas ao estudo da insolvência, a exemplo do que sucede em outros países, como Alemanha, Portugal<sup>11</sup>, sem olvidar, por óbvio, da existência de sólidos e substanciais estudos doutrinários especializados, além de trabalhos acadêmicos, como dissertações e teses de doutorado.

Portanto, a autonomia do direito da insolvência é medida que se impõe, inclusive se iniciando com disciplina autônoma nas faculdades de direito, ainda que como matéria opcional, de modo que a comunidade jurídica se encontre apta a enfrentar os anseios, problemas e dilemas da contemporaneidade, como recuperação ou liquidação dos agentes econômicos, a insolvência transnacional, a administração judicial das insolvências, a insolvência e os efeitos em grupos econômicos<sup>12</sup>. E mais, o estudo do direito da insolvência, também, aponta para a tutela das pessoas singulares, com o enfrentamento do fenômeno do superendividamento das pessoas

tantiva ou processual. Aliás, nesse particular, desde há muito, o saudoso Professor Rubens Requião já alertava: “Constitui a falência um instituto de direito substancial ou é de direito processual. No processo de falência, com efeito, se permeiam regras de direito material ao lado de normas de direito formal. Daí as dúvidas que dividem as opiniões, pretendendo uns juristas, que constitua um instituto de direito substancial, e outros, que seja de direito processual. E há ainda os que pretendem vislumbrá-lo como um direito autônomo, com características próprias, independente do direito comercial e do direito processual” (in Curso de Direito Falimentar. Vol. I. 14ª. Ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p.27)

10 A respeito, dentre outros, ver: LEITÃO, Adelaide Menezes. Direito da Insolvência. Lisboa: AAFDL – Alameda Lisboa. 2017.

11 Nesse particular, dentre outras, ver: Revista de Direito da Insolvência. Edições Almedina S/A. Coimbra: Portugal, coordenada pela Professora Maria do Rosário Epifânio e José Manuel Branco.

12 Nessa temática, dentre outros, ver: MARTINS, Alexandre Soveral. Um Curso de Direito da Insolvência. Coimbra: Edições Almedina S.A. 2016



singulares no Brasil e exoneração do passivo restante, sem olvidar da obrigatoriedade da desmistificação da insolvência, dentre outros.

Afinal, o Direito da Insolvência serve para preservar o crédito e buscar a igualdade de credores<sup>13</sup>, quanto ao patrimônio remanescente do devedor insolvente não é suficiente para honrar todas as suas obrigações. Afinal, a ruptura do crédito, motivada pelo não pagamento no prazo prometido, cria verdadeira desconfiança que, se não for reparada imediatamente, ocasiona uma instabilidade no comércio em geral. Daí o nascimento do instituto da insolvência, o qual se destina a reprimir a utilização anormal do crédito, uma vez que exerce a tarefa de afastar do mercado daquele sujeito que não utilizou adequadamente o crédito que lhe foi concedido e não possui condições econômico-financeiras de reverter esse quadro de insolvência, preservando sua atividade profissional.

### 3º. Desafio. Superendividamento no Brasil

É fato público e notório, há anos, a crise econômica no Brasil, com o aumento do desemprego e endividamento dos brasileiros. Sucede que anos atrás os brasileiros foram incentivados a consumir, sob o argumento que era indispensável para fomentar a indústria nacional e superar a crise econômica proveniente do exterior. Consequência desse quadro político/econômico equivocado e midiático é o superendividamento dos brasileiros; sem, agora, qualquer acesso ao crédito. A situação agravou-se com o estado de pandemia instaurado pela Covid-19.

Por óbvio, o superendividamento gera consequências nefastas para qualquer sociedade, vez que consubstancia um fenômeno social, econômico e jurídico capaz de afetar o equilíbrio das relações financeiras entre credores e devedores e, por conseguinte, o crédito<sup>14</sup>, ferramenta essencial para o “funcionamento de uma economia. Em termos econômicos é

13 Sobre a temática, dentre outros, ver: CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. Fundamentos do Direito Falimentar. 2ª. edição. Curitiba: Juruá. 2006

14 No que diz respeito ao crédito, pertinente registrar a lição do Professor Alexandre Soveral MARTINS, a saber: “Numa economia de mercado, o crédito permite a multiplicação das trocas. Como já foi dito, é o crédito o <<oxigênio da economia>>. A obtenção do crédito permite a realização de operações que não seriam possíveis de outra forma. Contudo, para que a economia respire saudavelmente, necessário é que as dívidas vão sendo pagas. Dessa forma, os credores podem pagar também aos seus credores e assim sucessivamente. Uma interrupção neste circuito pode gerar consequências em cadeia. Os diversos intervenientes, se não cobram, não conseguirão muitas vezes pagar o que devem e daí pode resultar uma série de insolvências, com graves prejuízos para a economia de um país” (in Um Curso de Direito da Insolvência. Coimbra: Edições Almedina S.A. 2016, p.13 e segts)

dito que ele completa mercados; em termos menos técnicos, o que identificamos é que, na perspectiva de um consumidor (ou de uma família), o crédito permite antecipar o consumo ou eventualmente até mesmo financiar determinadas escolhas, como a realização de um curso superior. No entanto, se usado indiscriminadamente, pode trazer problemas, como o superendividamento.”<sup>15</sup>

Na verdade, o superendividamento é resultado da impossibilidade de o sujeito honrar suas obrigações, sem prejuízo do seu sustento e de sua família. O Direito de Insolvência deve enfrentar e se ocupar dessa questão, observado que a doutrina classifica o superendividamento em passivo e ativo. Passivo, quando derivado de fato que o sujeito não contribuiu para o crescimento do seu passivo, como por exemplo, problemas de saúde ou perda do emprego. Ativo, quando o sujeito incentivado pela publicidade inerente a atual sociedade de consumo, abusa do crédito e assume obrigações exageradas em total descompasso com sua receita.

Não obstante, o Brasil necessita de uma legislação específica que tutele o superendividamento, a exemplo do que sucede em outros países. É bem verdade, que tramitam no Congresso Nacional projetos de lei que tratam dessa temática, como o Projeto de Lei (PL) 3.515<sup>16</sup>, com a finalidade de atualizar o Código de Defesa e Proteção do Consumidor, criando regras “para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento”.<sup>17</sup>

A regulamentação específica que se aguarda deve tutelar a pessoa singular em ambas as fases negociais, isto é, pré-contratual, a contratual e a pós contratual. Possuir características de lei de ordem pública, protegendo tão somente o devedor insolvente de boa-fé. Suas regras devem ser complementares (e não excludentes) das disposições que tutelam o consumidor. Deve tratar não só da prevenção ao superendividamento como orientar o crédito responsável. Estabelecer mecanismos de inversão do ônus da prova. Punir o agente que se beneficia da publicidade e instrumento contratuais enganosos. Possibilitar a reestruturação do passivo, por intermédio do oferecimento de um plano judicial de reestruturação e liquidação do passivo,

15 OLIVEIRA, Érica Diniz. Superendividamento: Um Panorama Brasileiro. In Superendividamento no Brasil/ organização de Antônio José Maristrello Porto .. (et.al.). Curitiba: Juruá, 2016, vo.2. p.70

16 Nesse sentido, dentre outros, ver Projetos de Lei n.5173/2013; 1922/2011;

17 Pela definição proposta pelo Projeto de Lei 3.515, “entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor, pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial”



sem olvidar da possibilidade de conciliação. Punir o devedor que age de má-fé, inclusive na esfera penal, se necessário.

Todavia, a mora do legislador<sup>18</sup>, ainda que dificulte, não impede a tutela e proteção dos insolventes de boa-fé, por intermédio de uma interpretação sistemática da Constituição Federal e do Código de Defesa e Proteção do Consumidor (Lei n.8.078/90), caso aplicável, além dos princípios gerais de direito, inclusive norteadores do Código Civil, como a boa-fé e função social do contrato.

A omissão do nosso legislador, no entanto, não impediu o desenvolvimento no Brasil de projetos exitosos de conciliação e amparo aos endividados, a exemplo do que sucedeu no Rio Grande do Sul, Paraná, São Paulo e outros Estados da Federação. Esses projetos - embora louváveis e merecedores de respeito -, todavia, não atacam a causa do superendividamento, mas tão somente o efeito. Aqui reside, pois, o desafio, inclusive do nosso legislador.

Registre-se, por fim, que no âmbito do Poder Judiciário, inúmeros precedentes reconhecem o problema social do superendividamento e, por via de consequência, acertadamente (ou não), ao impõe como limite o percentual de 30% do valor da parcela salarial passível de ser comprometida com o pagamento de dívidas. Utilizando, como fundamento, dentre outros, o princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>19</sup>

Registre-se aqui o exemplo da legislação portuguesa, no tocante ao instituto da exoneração do passivo restante aplicável as pessoas singulares<sup>20</sup>, constantes do título do XII do Código

18 Nesse particular interessante o entendimento de Daniel BUCAR: “Se, materialmente, há justificativa axiológica para a transposição de técnicas de recuperação judicial de empresas para a pessoa humana, o CPC de 2015 também oferece instrumento processual inovador. Trata-se do dispositivo inserto no parágrafo 2º. do art.327 da lei processual, o qual prevê a possibilidade do emprego de técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais que não forem incompatíveis com o procedimento comum. Desta forma, o emprego das técnicas especiais da recuperação judicial ao rito comum, como a suspensão da exigibilidade de créditos sobre o patrimônio superendividado e a convocação de todos os credores para renegociação dos débitos, além da possibilidade de adjudicação do plano proposto pelo devedor e abusivamente refutado pelo credor, é medida que já se encontra em vigor no ordenamento processual e que encontra fundamento nos limites da responsabilidade patrimonial do próprio devedor (art.391 CC e 833 CPC)” (obra citada, pg.35)

19 Nesse sentido, dentre outros, ver: STJ – ERESP 569972-RS; Resp 758559-RS AgRg nos EDcl no Resp 1031949-RS; AgRg no REsp 1174333-RS; AgRg no Ag1381307-DF

20 Nesse particular, destaque-se a lição de Maria do Rosário EPIFÂNIO: “ A exoneração do passivo restante constitui um novidade do nosso ordenamento jurídico, inspirada no direito alemão (Restschuldbefreiung), determinada pela necessidade de conferir aos devedores pessoas singulares uma oportunidade de começar de novo (frest start)” (in Manual de Direito da Insolvência. 6ª. edição. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2016. p.320)

da Insolvência e Recuperação de Empresas<sup>21</sup>.

Nesse particular merece aplausos o recente diploma Italiano, denominado *Codice della crisi e dell'insolvenza*<sup>22</sup>, o qual tratou em um único texto as soluções de reabilitações de todas as espécies de patrimônio, inclusive o da pessoa humana e da família.

#### 4º. Desmistificando a Falência.

A Etimologia da palavra falência decorre do verbo falir, o qual, por sua vez, deriva do verbo latino fallere, que significa faltar, errar, falhar, sendo que “de expressão comum, o verbo passou, tecnicamente, no meio jurídico, a expressar a impossibilidade do devedor pagar as suas dívidas, em consequência da falta de meios decorrentes de escasso e insuficiente patrimônio”<sup>23</sup>.

Primitivamente, o comerciante que não honrava as suas obrigações respondia não com bens, mas com a sua própria pessoa. A ideia de falência, portanto, era fortemente ligada à fraude. Entendia-se que todo devedor era um fraudador.

Sucedo que o direito da insolvência evoluiu<sup>24</sup>. Embora ainda fundado nos princípios fundamentais da igualdade de credores e preservação do crédito, suas preocupações essenciais são outras, a exemplo da (i) consolidação regimes jurídicos de reestruturação preventiva dos agentes econômicos de modo que evitem a insolvência; (ii) eficiência dos processos de insolvência, inclusive daqueles agentes que não possuem condições de reverter sua crise econômico financeira; (iii) se encontrar um justo equilíbrio entre os direitos do devedor e do credor, (iv) superendividamento dos consumidores, dentre outras. Nesse sentido, a Diretiva (EU) 2019/1023 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia

21 Sobre a temática, dentre outros estudos, ver: FERREIRA, José Gonçalves. A Exoneração do Passivo Restante. Coimbra: Coimbra Editora S.A., 2013

22 Entrada em vigor prevista a partir de Setembro 2021

23 REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, 17ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1.998, vol. 1º, p.03.

24 Sobre a evolução do Direito Concursal, dentre outros, consultar: CORDEIRO, António Menezes. Introdução ao Direito da Insolvência. In O Direito. Ano 137 (2005), III. (Diretor: Inocêncio Galvão Telles). Juridireito – Edições Jurídicas Ltda.: Lisboa, 2005, In p. 465/506; CLARO, Carlos Roberto. Recuperação judicial: sustentabilidade e função social da empresa. São Paulo: LTr, 2009, p.79 e ss; REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar. 17ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, vol. 1; LACERDA, J.C. Sampaio de. Manual de Direito Falimentar. 14ª ed. Revisada por Jorge Miranda Magalhães. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. Manual de recuperação de empresas & falência. Curitiba: Juruá.2013.



que trata sobre os regimes de reestruturação preventiva, o perdão das dívidas e eficiência dos processos relativos à reestruturação e insolvência.

Mesmo assim, a sociedade em geral ainda trata o falido, como um incompetente, quiçá fraudador. Não raro escuta-se aquele sujeito é um quebrado, um falido, para dizer o mínimo. Pois bem. Há que se superar esses malsinados rótulos. A atividade empresarial é uma atividade de risco. Alguém ganha e outros podem perder. Assim, o insucesso não pode ser tratado como sinônimo de fraude, sob pena de dificultar novos investimentos. Em outras palavras, o agente econômico não pode ter receio de falir, mesmo porque “quase todos os negócios, por mais fortes que sejam em um dado momento, acabam falindo e quase sempre pela dificuldade em inovar”<sup>25</sup>

Não basta, portanto, a evolução da legislação, há que se superar os preconceitos, inclusive propiciando o imediato retorno do agente econômico ao mercado. Aqui, pois, reside outro desafio.

#### 5º. Desafio. Imediato Retorno à Atividade Produtiva. Fresh Start

O processo de insolvência (conhecido no Brasil como falência) em si é um calvário. Não bastasse o insucesso da atividade, o empresário falido enfrenta um moroso processo de falência cujo prazo para encerramento, em média, não é inferior a três (03) anos. Não suficiente, considerando-se que o encerramento do processo de falência no Brasil, não se constitui extinção das obrigações, no mínimo deve aguardar o prazo de cinco (05) anos, caso não exista condenação por crime falimentar. Em apertada síntese, um investimento exagerado pode implicar no afastamento do agente econômico do mercado por prazo (geralmente) não inferior a três (03) anos, para dizer o mínimo, sem aqui adentrar na consequência sociológica de enfrentar o rótulo de incompetente, conforme já enfrentado. Consequência, retratação do investimento. Em outras palavras, o investidor prefere manter seus ativos em investimentos conservadores, ao invés de aplicar em novos negócios, a exemplo de uma “startup”.<sup>26</sup> Portanto,

25 FRANCO, Gustavo Henrique Barroso, As leis secretas da economia: revisitando Roberto Campos e as leis do Kafka. Rio de Janeiro:Zahar, 2012, p.95.

26 “Startup é um termo advindo da língua inglesa, cujo significado original, em uma tradução livre, é “o ato ou processo de iniciar uma operação ou movimento”. Há algumas décadas, porém, vindo sendo muito empregado para referir-se a negócios recém-constituídos, com baixo custo de manutenção e elevado grau de incerteza de sucesso, que buscam atingir um crescimento rápido, apoiando-se para tanto na oferta de produtos ou serviços inovadores aos olhos de mercado em que estão inseridas e com alto potencial de escalabilidade, geralmente utilizando-se da internet ou outras tecnologias inovadoras” ( REIS, Edgar Vidigal de Andrade. Startups: análise de

o direito da insolvência deve propiciar mecanismos para que o agente econômico de boa-fé possa retornar imediatamente a atividade econômica, em caso de insucesso do investimento.

Nossa legislação é arcaica quanto ao retorno do empresário falido ao exercício da atividade econômica. Indispensável, pois, concretizar o mecanismo do fresh start, proveniente do direito americano.

A Lei n.14.112/2020, por intermédio de nova redação ao artigo 158 da Lei n.11.101/2005, embora timidamente avançou nesse sentido. Contudo, de forma tímida, para dizer o mínimo. Afinal, reduziu o prazo para extinção das obrigações do falido para três (03) anos contado da decretação da falência, quando antes era cinco (05) anos, contado do encerramento da falência. Com o devido respeito, é preciso mais.

Em outras palavras, o processo de insolvência deve almejar uma célere liquidação dos ativos propiciando minorar os prejuízos dos credores, sem, contudo, implicar em barreiras legais para que o agente econômico insolvente de boa-fé possa retornar ao mercado. Quanto inexistente má-fé nada justifica esperar anos (independentemente do prazo) após a decretação da falência.

Mas não é só. Existem outros desafios, a exemplo do dever de renegociar.

#### 6º. Dever de Renegociar

Tradicionalmente o direito concursal era dividido em três fases:- (i) - a primeira vai desde o nascimento da falência nas cidades medievais até a Primeira Guerra Mundial; (ii) - a segunda abrange o período entre a Primeira e Segunda Guerra Mundial; (iii) a terceira inicia-se na Segunda Guerra Mundial até os dias atuais.<sup>27</sup>

estruturas societárias e de investimento no Brasil. São Paulo: Almedina, 2018. p.13)

27 NELSON ABRÃO (Curso de Direito Falimentar, pg.20), entende que essas fases merecem reformulações: “Sob o prisma histórico, sói apontar-se três fases no envolver dos procedimentos concursais: I - a primeira vai desde o surgimento da falência nos estatutos das cidades medievais italianas até a Primeira Guerra Mundial; II - a segunda abrange o período compreendido entre as duas Grande Guerras Mundiais; III - o terceiro começaria com a Segunda Guerra Mundial, indo até nossos dias. Todavia, por motivos que serão adiante explanados, parece-nos necessário introduzir algumas retificações nesse esboço demarcatório. Em primeiro lugar, a terceira fase histórica dos procedimentos concursais, delinea-se com mais nitidez a partir de 1965, com o relatório da Inspeção Geral de Finanças da França; em segundo lugar, torna-se mister acrescentar a essas três fases históricas mais uma, a quarta, que se inicia com a lei francesa de 1985, a qual introduziu características originais na ênfase e na metodologia dos procedimentos concursais”



A primeira fase, trata apenas da execução patrimonial dos bens do devedor, com finalidade eminentemente liquidatária. Ou seja, nada mais é do que um procedimento global expropriatório dos bens do devedor. A segunda fase insere uma nova visão de continuidade da empresa e sua não liquidação total, a despeito dessa continuidade permanecer nas mãos de particular<sup>28</sup>. A terceira fase, iniciada após a Segunda Guerra, instaura os procedimentos preventivos e a moratória, bem como o interesse público na empresa adquire relevo.

A evolução do direito falimentar, portanto, consolidou verdadeira deslocação da matéria do campo privado para o público. Do mesmo modo, preocupa-se excessivamente com a preservação da empresa<sup>29</sup>.

Alguns autores<sup>30</sup>, no entanto, sustentam a Lei Francesa n.85-98 inaugurou uma nova fase pautada em mecanismos de reorganização da empresa. É fato, porém, que a Diretiva (EU) 2019/1023 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia consolida essa visão ao tratar dos regimes de reestruturação preventiva.

Sucedo que o êxito de uma reestruturação preventiva impõe aos envolvidos o dever de renegociar. Não se trata de aqui de impor a obrigatoriedade de revisão dos contratos, o que – por óbvio – implicaria em insegurança jurídica, instaurando mais custos ao exercício da

28 Nesse sentido NELSON ABRÃO. O Novo Direito Falimentar, p.9;

29 A respeito Jorge Lobo (in Direito Concursal, p.8) esclarece que “Essa “nova filosofia do Direito da insolvência” e esse “novo Direito da empresa em crise”, além de estimularem a criação de procedimentos pré-concursais e pré-falimentares, de natureza extrajudicial e judicial, com vistas a sanear, reorganizar e recuperar a empresa em dificuldades, deixam ao largo teorias e ideologias já superadas e substituem o caráter privatístico e a concepção liberal do Direito concursal clássico por uma revolucionária concepção publicística e social, provocando uma sensível modificação na maneira de encará-lo, entendê-lo e aplicá-lo”

30 Dentre os quais, destaca-se o pensamento de Nelson Abrão: “A Lei francesa 85-98, de 25.1.85, inaugurou, inequivocadamente, uma nova fase na história dos procedimentos concursais. O princípio da preservação da empresa, apontando como roteiro pelo relatório da Inspeção Geral de Finanças, em 1965, converteu-se no enunciado finalístico fundamental da nova lei que, em seu art.1º. dispõe: “É instituído um procedimento de reerguimento judicial destinado a permitir a salvaguarda da empresa, a manutenção da atividade e do emprego e a apuração do passivo”. O reerguimento judicial é assegurado segundo um plano estabelecido por decisão de justiça, resultante no período de observação. Este plano prevê, seja a continuação da empresa, seja sua cessão. Quando nenhuma dessas soluções se mostre possível, procede-se à liquidação judicial. Vê-se que a preocupação fundamental da lei reside em preservar a empresa, garantindo-se a continuação da atividade e, consequentemente, os postos de trabalho. O pagamento dos credores, que se constituía na preocupação fundamental dos procedimentos concursais em suas duas primeiras fases históricas, é relegado a um terceiro plano; não que ele seja sem importância, mas no sentido de que advirá naturalmente como consequência da prossecução da atividade e da manutenção dos empregos. Apenas nos casos em que a continuação da empresa, sob a mesma titularidade, ou por meio de cessão, se torna inviável, é que se procede à sua liquidação” (in Curso de Direito Falimentar, p.34-35)

atividade empresarial. Não é isso.

Em verdade, o dever de negociação exige do lado do devedor o aviso antecipado ao credor do desequilíbrio contratual e a impossibilidade de honrar o pagamento da forma pactuada; já do lado do credor, por sua vez, implica em aceitar o início das negociações, o que é bem diverso de obrigá-lo a aderir a renegociação proposta. Como bem sustenta Anderson Schreiber<sup>31</sup>:

*“o dever de renegociar não configura um dever de alcançar certo resultado ou de aceitar as novas condições propostas pelo contratante desfavorecido pelo desequilíbrio; não se trata de um dever de revisar o contrato extrajudicialmente, mas simplesmente de ingressar em renegociação, informando prontamente o fato de que a enseja e formulando um pleito de revisão do contrato, ou analisando e respondendo com seriedade, ao pleito apresentado pelo outro contratante”*

A ineficiência dos processos de insolvência, somado a burocracia e lentidão do judiciário, autorizar esse modo de repensar o direito da insolvência, mesmo porque o credor é o destinatário desses processos. Em outras palavras, incumbe aos credores decidirem sobre o destino daquele agente econômico em crise econômico e/ou financeira e não ao juiz, que por sua vez, deve se limitar ao controle de legalidade do processo. Nesse particular, não pode olvidar que tempo do empresário é diverso do tempo do judiciário. Quer se dizer com isso que quinze (15) dias, sem a concretização de medidas de reorganização do passivo, pode ser o suficiente para consumir o encerramento de um negócio, enquanto o mesmo tempo é usual (para dizer o mínimo) para que um juiz prolate uma decisão interlocutória.

Todavia, para se descortinar esse novo modo de visualizar o direito da insolvência é indispensável uma virada copernicana no modo de cultural de se enfrentar o processo de insolvência. Afinal, na legislação anterior (Decreto-lei n.7.661/45, art.2º. III)<sup>32</sup> a convocação extrajudicial dos credores para tentativa de composição, mediante dilação ou mesmo remissão dos créditos, poderia ocasionar o ajuizamento de pedido de falência. Infelizmente, ainda persiste resquício desse pensamento, em que pese a legislação atual, positivar a recuperação extrajudicial Assim, além de uma visão prospectiva, há que se estabelecer princípios orientadores e regras de procedimento que autorizem a existência de um novo

31 SCHREIBER, Anderson. Equilíbrio Contratual e dever de renegociar. São Paulo: Saraiva Educação. 2018, p.341;

32 Art.2º, III do revogado Decreto-lei n.7.661/45: Caracteriza-se, também, a falência, se o comerciante: (...) III – convoca credores e lhes propõe a dilação, remissão de créditos ou cessão de bens”



paradigma, a exemplo do (i) dever de cooperação; (ii) propostas viáveis e transparentes; (iii) boa-fé e (iv) celeridade, dentre outros.

Registre-se que o negócio processual, positivado no 190 do Código de Processo Civil, mesmo na seara extrajudicial, reforça essa proposta. Do mesmo o instituto da mediação, positivado no novo artigo 20-A e 20-B da Lei n.11.101/2005.<sup>33</sup>

## CONCLUSÃO

Conclui-se, pois, que a autonomia do Direito de Insolvência é um dado concreto. Os desafios, porém, são inúmeros. Não se exaurem nos pontos aqui destacados. Pelo contrário. Destaca-se outros, embora de modo não exaustivo. Ou seja, é preciso evoluir (i) na especialização das Varas e Câmaras nos Tribunais que tratam da temática, (ii) na profissionalização dos administradores judiciais, inclusive os critérios para nomeação, (iii) nas disposições sobre os

33 'Art. 20-A. A conciliação e a mediação deverão ser incentivadas em qualquer grau de jurisdição, inclusive no âmbito de recursos em segundo grau de jurisdição e nos Tribunais Superiores, e não implicarão a suspensão dos prazos previstos nesta Lei, salvo se houver consenso entre as partes em sentido contrário ou determinação judicial.'

'Art. 20-B. Serão admitidas conciliações e mediações antecedentes ou incidentais aos processos de recuperação judicial, notadamente: I - nas fases pré-processual e processual de disputas entre os sócios e acionistas de sociedade em dificuldade ou em recuperação judicial, bem como nos litígios que envolverem credores não sujeitos à recuperação judicial, nos termos dos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei, ou credores extraconcursais; II - em conflitos que envolverem concessionárias ou permissionárias de serviços públicos em recuperação judicial e órgãos reguladores ou entes públicos municipais, distritais, estaduais ou federais; III - na hipótese de haver créditos extraconcursais contra empresas em recuperação judicial durante período de vigência de estado de calamidade pública, a fim de permitir a continuidade da prestação de serviços essenciais; IV - na hipótese de negociação de dívidas e respectivas formas de pagamento entre a empresa em dificuldade e seus credores, em caráter antecedente ao ajuizamento de pedido de recuperação judicial. § 1º Na hipótese prevista no inciso IV do caput deste artigo, será facultado às empresas em dificuldade que preencham os requisitos legais para requerer recuperação judicial obter tutela de urgência cautelar, nos termos do art. 305 e seguintes da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), a fim de que sejam suspensas as execuções contra elas propostas pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, para tentativa de composição com seus credores, em procedimento de mediação ou conciliação já instaurado perante o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejus) do tribunal competente ou da câmara especializada, observados, no que couber, os arts. 16 e 17 da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. § 2º São vedadas a conciliação e a mediação sobre a natureza jurídica e a classificação de créditos, bem como sobre critérios de votação em assembleia-geral de credores. § 3º Se houver pedido de recuperação judicial ou extrajudicial, observados os critérios desta Lei, o período de suspensão previsto no § 1º deste artigo será deduzido do período de suspensão previsto no art. 6º desta Lei.'

'Art. 20-C. O acordo obtido por meio de conciliação ou de mediação com fundamento nesta Seção deverá ser homologado pelo juiz competente conforme o disposto no art. 3º desta Lei.'

débitos tributários e os sujeitos insolventes.

Esses temas, porém, exigem estudos e debates específicos, a exemplo daqueles outros aqui destacados. O desafio, portanto, está lançado.



## **ASPECTOS RELEVANTES DO CHAPTER 11 AMERICANO E POSSÍVEIS APLICABILIDADES NA LEGISLAÇÃO RECUPERACIONAL BRASILEIRA**

### **RELEVANT ASPECTS OF AMERICAN CHAPTER 11 AND POSSIBLE APPLICABILITIES IN BRAZILIAN RECUPERATIVE LEGISLATION**

**Carlos Eduardo Quadros Domingos\***  
**Ruchdieh Ibrahim Charchich\*\***

#### **RESUMO**

A modernização do direito da insolvência brasileiro ocorreu com o advento da Lei 11.101/2005, momento em que houve a criação da recuperação judicial no direito pátrio, modalidade esta criada com objetivo de viabilizar a reestruturação do empresário e da sociedade empresária que se encontra com dificuldades financeiras temporárias, para que possam se reestruturar enquanto mantem suas atividades empresariais. A recuperação judicial tem como principal objetivo a preservação da empresa, dos empregos que ela gera, bem como se atenta com a coletividade de credores.

A recuperação judicial foi construída através de um estudo entre os institutos similares de diversos países, dentre eles, o Chapter 11 americano, o qual, neste artigo, pretende-se abordar as semelhanças, diferenças e os aspectos relevantes e comuns entre os dois institutos e quais seriam as aplicabilidades na legislação brasileira.

#### **ABSTRACT**

*Brazilian bankruptcy law has been modernized the advent of Law 11.101 / 2005, when Judicial*

\* Advogado. Professor. Mestre em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

\*\* Advogada. Bacharel em direito pelo Centro Universitário Curitiba. Pós-graduanda em Direito Empresarial pela Damásio Educacional.

*Recovery was created in Brazilian law, a resource created with the objective of enabling the restructuring of the entrepreneur who is facing financial difficulties, so that he can restructure while with your business activities. Judicial Recovery has as main objective the preservation of the company, of the jobs it generates, as well as being concerned with the group of creditors.*

*Judicial Recovery was built through a study among similar institutes from different countries, among them, from the American chapter 11, in this article we intend to address the similarities, differences and all the relevant and common aspects between the two institutes and which can be Brazilian law.*

#### **SUMÁRIO**

1. Introdução 2. Chapter 11 e recuperação judicial – semelhanças e diferenças 2.1. Chapter 11, title 11, Bankruptcy Code 2.2. Recuperação judicial – artigo 47 e seguintes da Lei 11.105 2005 2.3. Principais diferenças entre a recuperação judicial e o chapter 11, B.C. 3. Aplicabilidade do Chapter 11 no direito brasileiro 4. Caso – LATAM AIRLINES S/A 5. Conclusão 6. Referências bibliográficas

#### **1. INTRODUÇÃO**

O presente artigo tem como principal objetivo a análise do Chapter 11, Title 11 do United States Code apontado suas semelhanças e diferenças com a recuperação judicial criada pela Lei 11.101/2005, demonstrando a influência do direito norte-americano na legislação brasileira e a possibilidade de sua aplicabilidade.

O advento da Lei 11.101/2005 substituindo o Decreto-lei 7.661/45 foi marco da fase moderna do direito da insolvência brasileiro, com a observância do balanceamento entre as relações de credores e devedores, focadas na dimensão socioeconômica da empresa.

Sabe-se que a substituição da concordata pela recuperação judicial foi de suma importância para o direito concursal, tendo em vista que anteriormente o ajuizamento do feito concordatário era uma saída criada para as empresas que estavam à beira da falência e necessitavam de uma medida energética na tentativa de sua salvação, funcionando como um “acordo legal” entre o devedor e seus credores para quitação de seus débitos com intuito de evitar a bancarrota. Ocorre que a concordata era medida proposta no momento que a empresa já se encontrava em situação



financeira demasiadamente fragilizada e por muitas vezes culminava na falência do devedor, sem muitas chances de se conseguir continuar com atividade empresarial.

Diante destes cenários, com o fito de trazer ao direito brasileiro um instituto que pudesse servir como alternativa para empresas que se encontram endividadas, contudo, com perspectivas de reestruturação e com a renegociação do seu passivo, o legislador optou por se basear no Chapter 11 do United States Code, criando uma modalidade semelhante para dar efetividade ao princípio de preservação da empresa, best interests of creditors, fair and equitable, dentre outros, com objetivo de fornecer uma alternativa para o soergimento da empresa, sem que esta precisasse fechar suas portas.

Além dos princípios supramencionados, a função social da empresa foi de suma importância para a implantação da recuperação judicial no Brasil. Ora, uma empresa não serve apenas para prover lucro aos seus sócios ou acionistas, a atividade empresarial é de extrema importância para a sociedade em geral, uma vez que é responsável pela preservação de empregos, sustento de diversas famílias, movimentação da economia e da livre concorrência, pagamento de tributos, ou seja, o “giro” da economia depende diretamente da preservação das empresas.

Outrossim, ante a importância da atividade empresarial para a sociedade e a necessidade de manutenção da atividade empresarial, caso se encontre com dificuldades, o presente artigo visa analisar o instituto de recuperação judicial em comparação com Chapter 11, demonstrando suas semelhanças, diferenças, bem como destacando os aspectos relevantes.

## **2. CHAPTER 11 E RECUPERAÇÃO JUDICIAL – SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS**

### **2.1. CHAPTER 11, TITLE 11, BANKRUPTCY CODE**

O Bankruptcy Code foi elaborado em 1978 nos Estado Unidos da América com objetivo de sobrepor o princípio de preservação da atividade empresarial sobre à liquidação de ativos, com a criação de diversos mecanismos, tais como, o automatic stay para que o devedor possa retornar ao mercado depois da aprovação de plano de reorganização de

seus credores (best interest of creditors).<sup>1</sup>

Ainda, o Chapter 11 Bankruptcy Code do United State Code<sup>2</sup> consiste em um instituto do direito americano que possibilita à uma empresa ou empresário individual, que esteja passando por dificuldades financeiras, de submeter um plano a longo prazo que vise a reestruturação de seus débitos e créditos com objetivo de pagamento de credores. Este instituto do direito americano é semelhante a recuperação judicial no direito brasileiro. Ambos os institutos possuem como objetivo a tentativa de salvar a empresa e quitar o endividamento, para que o devedor possa continuar operando com suas finanças “em ordem”.<sup>3</sup>

Em 1978, o Bankruptcy Code retirou a participação acentuada dos órgãos governamentais e optou pela preservação do devedor na gestão do negócio, momento em que houve o surgimento do U.S. Trustee (espécie de administrador judicial) para supervisionar casos com atuação limitada.

A legislação americana trouxe o Chapter 11 com objetivo de preservação da empresa e do empresário individual, por meio do qual o sistema utilizado pelos americanos serviu de inspiração para muitos ordenamentos jurídicos que adotaram o modelo para modernização das suas regras de insolvências<sup>4</sup>.

Pois bem, no Chapter 11 a empresa ou empresário individual tem o prazo de 120 (cento e vinte) dias, após o protocolo do pedido, para apresentar um plano de reorganização, podendo, em alguns casos, requerer a extensão deste prazo por até 18 (dezoito) meses. Esse plano de reestruturação deverá visar o benefício dos credores e não da empresa ou empresário individual. Ainda, com a criação do plano de reorganização, a empresa deverá dividir e classificar os valores devidos em classe de credores. Diferentemente da legislação brasileira, o devedor poderá criar as classes de credores.

O procedimento de recuperação inicia-se com um pedido junto ao tribunal de falência da

1 PEDRO, Carolina Mansur da Cunha, Porque não é possível transportar o Chapter 11 para a Lei de Recuperação Judicial e Falências Brasileira?, disponível em: <https://cutt.ly/ukQR8x1>

2 DETWEILER, Gerri, Filing Bankruptcy: Chapter 7 vs. Chapter 13 vs. Chapter 11 Bankruptcy, Disponível em <https://www.credit.com/debt/filing-for-bankruptcy-difference-between-chapters-7-11-13/>, acesso em 24.09.2020.

3 PEDRO, Carolina Mansur da Cunha, Porque não é possível transportar o Chapter 11 para a Lei de Recuperação Judicial e Falências Brasileira?, disponível em: <https://cutt.ly/ckQTivc> acesso em 28.09.2020.

4 PEDRO, op. cit., acesso em 28.09.2020.



área em que o devedor tem seu domicílio ou residência. Este pedido pode ser voluntário, ou seja, realizado pelo próprio devedor, ou involuntário, quando feito por seus credores que preencham os requisitos legais – 11, U.S.C §§ 301 – 303<sup>5</sup>.

No pedido voluntário, o devedor deverá preencher o Formulário 1 dos Formulários Oficiais exigidos pela Conferência Judicial dos Estados Unidos, anexado: a) registros de ativos e passivos; b) um programa das atuais receitas e despesas; c) um programa de contratos executórios e arrendamentos ainda em curso; e d) um balanço financeiro.

Há uma taxa cobrada para apresentação do pedido, além de uma outra taxa por serviços administrativos diversos, sendo que ambas deverão ser pagas ao secretário do tribunal na apresentação do pedido ou, com permissão do tribunal, poderão ser pagas em parcelas, sendo que a última parcela deverá ser paga 120 (cento e vinte) dias após a apresentação do pedido, podendo ser estendido o prazo em até 180 (cento e oitenta) dias, sendo que o não pagamento das taxas poderá levar ao arquivamento do caso.

Ao realizar o protocolo voluntário de recuperação, nos termos do Chapter 11 ou, se involuntário, ao fazer o pedido de concessão de prazo, o devedor automaticamente assume a identidade de debtor in possession. 11 U.S.C. § 1101, ou seja, um devedor que mantém a posse e controle de seus ativos durante a reorganização realizada sob o Chapter 11, sem a indicação de um curador para o caso. O devedor permanecerá um debtor in possession até que o plano de reorganização seja confirmado, o caso do devedor seja arquivado ou convertido para o Chapter 7 (falência), ou até que um curador seja indicado.

A nomeação ou a eleição de um curador somente ocorre em um pequeno número de casos. De forma geral, o devedor, como debtor in possession, opera o negócio e realiza muitas das funções realizadas pelo curador em casos sob os demais capítulos. 11 U.S.C. § 1107(a). Normalmente, uma declaração de contas por escrito e um plano de reorganização devem ser apresentados ao tribunal. 11 U.S.C. §§ 1121, 1125.

A declaração de contas é um documento contendo informações sobre os ativos, passivos e relações comerciais do devedor suficientes para que o credor esteja bem informado para fazer uma avaliação sobre o plano de reorganização do devedor. 11 U.S.C. § 1125. As informações necessárias são definidas pela justiça e pelas circunstâncias do caso. Em um

<sup>5</sup> US COURTS. Cortes dos Estados Unidos. Disponível em: <<https://cutt.ly/QkQTzmm>>, acesso em 27.09.2020.

caso de “pequena empresa”, o devedor pode não precisar apresentar uma declaração de contas em separado se o tribunal determinar que há informações suficientes no plano. 11 U.S.C. § 1125 (f). Os índices do plano devem incluir uma classificação das reivindicações e devem especificar como cada classe de reivindicações será tratada sob o plano. 11 U.S.C. § 1123.

Os credores que terão seus recebíveis prejudicados, ou seja, aqueles que terão direitos contratuais modificados ou que receberão menos do que o valor completo de seus recebíveis sob o plano, devem votar o plano. 11 U.S.C. § 1126. Após a declaração ter sido aprovada pelo tribunal e os votos terem sido recolhidos e contados, o tribunal realiza uma audiência de confirmação para decidir se confirma o plano. 11 U.S.C. § 1128. No caso de pessoa física, o capítulo 11 é em alguns pontos similar ao capítulo 13.

As propriedades do devedor pessoa física incluem os rendimentos do devedor, bem como propriedades adquiridas desde que o pedido é feito até que o caso seja encerrado, recusado ou convertido; o financiamento do plano poderá ser feito com ganhos futuros do devedor; e o plano não pode ser confirmado com a objeção de um credor sem comprometer toda a renda disponível do devedor pelos próximos 5 (cinco) anos a menos que a totalidade do valor reclamado seja paga, com juros, em menor prazo. 11 U.S.C. §§ 1115, 1123(a)(8), 1129(a)(15)<sup>6</sup>.

Após a apresentação do plano, há a deliberação desses credores que podem ou não aprová-lo. Caso seja aprovado em todas as classes, a Corte deve confirmar o plano, procedente a análise das exigências previstas na Section 1129 do Chapter 11, dentro elas: que o plano tenha sido elaborado in good faith (em boa fé), ou seja, sem qualquer meio proibido por lei, aprovação do plano por todas as classes de credores e que não seja provável que a confirmação do plano seja seguida de liquidação ou nova reorganização do devedor<sup>7</sup>.

Com efeito, no direito americano, em atendimento ao princípio do best interest of creditors (Bankruptcy Code, § 1.129), o plano de recuperação só poderá ser confirmado pelo magistrado após aprovação de todos os credores das classes que o aprovaram puderem receber, valor igual ou superior em caso de liquidação (Chapter 7). Essa é uma forma de proteção individual

<sup>6</sup> US COURTS. Cortes dos Estados Unidos. Disponível em: <<https://cutt.ly/0kQIFKf>>, acesso em 27.09.2020.

<sup>7</sup> BARIL, Daniel; Feijó, Guilherme Queirolo, Cram Down: Considerações Críticas à importação do regime Chapter 11 para o regime legal da Lei 11.101, disponível em: <https://cutt.ly/nkQI9B5>



ao credor que não concordou com a aprovação do plano, sendo que essa regra serve tanto no direito americano, quanto no direito alemão<sup>8</sup>.

Ocorre que, na prática, a realização de fiscalização é extremamente difícil, uma vez que depende de uma avaliação teórica e dos efeitos causados diretamente pelo plano de recuperação judicial aos credores e o que ocorreriam com eventual falência da empresa.

Ainda, o princípio do unfair discrimination, ou seja, o plano não poderá dispensar tratamento diferenciado entre os credores integrantes da mesa classe ou crédito de uma mesma natureza, no direito americano a aplicação deste princípio restringe-se à hipótese de cram down, ou seja, nos casos em que o juiz poderá superar o veto de uma determinada classe de credores ao plano, determinando sua aprovação. No entanto, se a maioria dos credores de uma classe aprovar o plano, não se cogita a incidência do princípio da unfair discrimination, como ocorre no direito alemão, por exemplo<sup>9</sup>.

Nota-se, portanto, que há a possibilidade de interferência judicial no processo de negociação entre devedor e credor, com a superação de veto apresentados por credor ou classe de credores ou ainda aprovar o plano de recuperação que atenda os requisitos, mesmo que rejeitado pelos credores, instituto chamado de cram down. Pode, ainda, acolher eventual impugnação de um credor/grupo de credores e rejeitar o plano de recuperação<sup>10</sup>.

Outrossim, o direito americano outorga poderes maiores aos juízes que possuem autonomia para analisarem o conteúdo dos planos apresentados com fito de conceder ou não a recuperação, independentemente do resultado da assembleia de credores, ou seja, configura-se como uma das hipóteses de imposição unilateral da aprovação do plano aos credores, com interferência do juiz, o cram down<sup>11</sup>.

Diante disso, verifica-se que o Chapter 11 permite a reorganização da empresa, permitindo ao devedor que continue suas operações, de modo a reestruturar-se e buscar a sua reabilitação,

8 MUNHOZ, Eduardo Secchi, Anotações sobre os limites do poder jurisdicionais na apreciação do plano de recuperação judicial. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, anto 10, nº 36, 2007.

9 MUNHOZ, op. cit.

10 MUNHOZ, op. cit.

11 OLIVEIRA, Diogo Luís Manganelli; SCHLAUCHER, Débora Guedes, Reflexões acerca do cram down na Lei 11.101/2005, disponível em <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-155/reflexoes-acerca-do-instituto-do-cram-down-na-lei-11-101-2005/>, acesso em 28.09.2020.

enquanto realiza os pagamentos de seus credores de acordo com o plano, de regra apresentado pelo devedor, aprovado pelos credores e homologado judicialmente<sup>12</sup>.

O protocolo do pedido com base no Chapter 11 tem como objetivo dar à empresa em dificuldade financeira temporária um fresh start, ou seja, um recomeço para as empresas, após cumprirem suas obrigações.

## 2.2 RECUPERAÇÃO JUDICIAL – ARTIGO 47 E SEQUENTES DA LEI 11.105/ 2005

A recuperação judicial surgiu no Brasil com o advento da Lei 11.101/2005 em substituição ao Decreto Lei 7.661/1945, sendo um marco no direito da insolvência brasileiro. A inovação legal trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro um instituto, baseado no Chapter 11, Bankruptcy Code, visando exclusivamente a reestruturação e a reorganização de uma sociedade empresária ou empresário individual que se encontra em crise econômico-financeira temporária, com fito de preservar a atividade empresarial, utilizando-se de uma proteção legal, com a apresentação de um plano de recuperação judicial.

Fabio Ulhoa Coelho<sup>13</sup> define Recuperação Judicial como “um processo peculiar, em que o objetivo buscado a reorganização da empresa explorada pela sociedade empresária devedora, em benefício desta, de seus credores e empregados e da economia (local, regional ou nacional)”.

No artigo 47 e seguintes da Lei de Falências e Recuperação Judicial encontra-se a definição e procedimento da recuperação judicial brasileira. Vejamos: “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”.

A recuperação judicial foi criada com objetivo de preservação da atividade empresarial, levando-se em conta a função social da empresa na sociedade. O ordenamento jurídico

12 RESTIFFE, Paulo Sérgio. Recuperação de Empresas: de acordo com a lei 11.101, de 09.02.2005, São Paulo: Manole, 2008. p. 25.

13 COELHO, Fábio Ulhoa, Manual de direito comercial: direito de empresa – 23. ed. – São Paulo : Saraiva, 2011, p. 273.



brasileiro necessitava de um instituto para as empresas que se encontravam em situação financeira delicada, mas não à beira da falência, que pudessem se reorganizar e reestruturar, mantendo suas operações, empregos, pagamento de tributos e ainda assim realizar o adimplemento de seu passivo junto aos credores.

O princípio da função social da empresa consiste, nas palavras da doutrina, no “interesse que a comunidade como um todo, organizada em Estado, tem sobre a atividade econômica organizada, ainda que se trate de atividade privada, regida por regime jurídico privado”<sup>14</sup>. Outrossim, o princípio da função social da empresa se reflete, obviamente, no princípio da preservação da empresa, que dele é decorrente.<sup>15</sup>

Pois bem, assim como no direito norte-americano, quando do ajuizamento da recuperação judicial, prevê a lei brasileira que a administração deve continuar com o empresário, tendo em vista seu conhecimento do negócio e a necessidade de continuidade da operação.

Conforme previsto no artigo 51 da Lei 11.101/2005, a petição inicial deverá se conter as causas concretas da situação patrimonial do devedor, bem como as razões de sua crise econômico-financeira, tendo como anexos ainda as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais (balanço patrimonial, demonstração de resultados acumulados, demonstração do resultado desde o último exercício social, relatório de fluxo de caixa e sua projeção), relação nominal completa de credores – com indicação do valor do crédito, sua origem, natureza e classificação, relação integral dos empregados, certidões emitidas pelos cartório, relação de bens particulares dos sócios controladores e dos administradores, entre outros documentos.

Com a documentação apresentada, o Juiz deferirá o processamento da recuperação judicial, nomeando o administrador judicial, determinando a suspensão das ações ou execuções contra o devedor, determinando ao devedor que apresente duas contas demonstrativas mensais, determinando a intimação do Ministério Público e a comunicação das Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios. Por fim, ordenará a expedição de edital com o resumo do pedido, decisão de processamento da recuperação judicial, relação nominal

<sup>14</sup> MAMEDE, Gladston. Manual de Direito Empresarial. Volume IV. revista e ampliada São Paulo: Atlas, 2009. p. 164.

<sup>15</sup> ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho; ZANOTI, André Luiz Depes. A preservação da empresa sob o enfoque da nova lei de falência e de recuperação de empresas. LEX: Revista do Direito Brasileiro, São Paulo, n.29, p.15, set/out. 2007.

de credores e prazos para habilitação dos créditos (artigo 52, da Lei 11.101/2005).

Após a decisão de deferimento de processamento da recuperação judicial, a empresa devedora tem o prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias para apresentação do plano de recuperação judicial, sob pena de convolação em falência. O plano deverá conter a descrição pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, demonstração de sua viabilidade econômica e laudo econômico financeiro e avaliação de bens e ativos do devedor. Ainda, não poderá prever prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos derivados da legislação de trabalho ou decorrentes de acidentes trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação judicial (artigos 53 e 54 da Lei 11.101/2005).

Uma vez apresentado o plano de recuperação judicial, este será submetido à assembleia de credores para que deliberem e votem pela aprovação ou rejeição do plano. Após a realização da assembleia geral de credores, o juiz homologará ou não o plano de recuperação judicial, caso a assembleia, com quórum qualificado, tenha aprovado o plano. Caso tenha aprovado sem quórum qualificado, o juiz poderá decidir discricionariamente se aprova ou não e, caso, a assembleia de credores rejeitar o plano, o juiz deverá decretar a falência do devedor. A decisão que homologa ou não o plano de recuperação judicial é recorrível através de agravo de instrumento.

Após a homologação do plano, inicia-se a fase executória, momento em que dá-se cumprimento ao plano de recuperação judicial, com a realização de fiscalização pelo administrador judicial, momento em que seu descumprimento acarretará na convolação da falência do devedor.

### 2.3. PRINCIPAIS DIFERENÇAS ENTRE A RECUPERAÇÃO JUDICIAL E O CHAPTER 11, B.C.

Conforme anteriormente exposto, a atual lei de falências e recuperação judicial visou trazer ao ordenamento jurídico maior facilidade de recuperação efetiva de uma empresa, ou seja, prevê um instituto capaz de auxiliar uma empresa com dificuldades econômicas-financeiras temporárias, proporcionando ao devedor a possibilidade de se reestruturar e continuar efetivamente com sua atividade empresarial.

Fato que chama atenção é que no Brasil há apenas 30% (trinta por cento) de concessão de recuperação judicial, pois, geralmente, não há a apresentação do plano de recuperação



judicial ou este é rejeitado na assembleia de credores<sup>16</sup>.

É notável que a recuperação judicial e o Chapter 11 possuem diversas semelhanças, sendo inclusive o modelo brasileiro baseado substancialmente no modelo americano. No entanto, muitas são as diferenças entre os 2 (dois) institutos.

Pois bem, ambas as leis (americana e brasileira) têm como principal objetivo dar efetividade aos princípios da função social e da preservação da empresa. Contudo, há uma diferenciação nos dois países, no Brasil, por exemplo, os bens do devedor funcionam como garantia comum dos credores, sendo que determinados créditos, ante a sua natureza possuem preferência sobre os demais. Já nos Estados Unidos, os bens do devedor, em que pese possuírem papel similar, possuem ordem de preferência mais flexível, podendo inclusive ser determinada pelo juízo<sup>17</sup>.

Outro ponto, a lei americana estabelece a suspensão automática (automatic stay period) de todas as ações e execuções movidas em face do devedor quando do processamento da recuperação, no entanto, não define um termo final para essa suspensão, como ocorre na lei brasileira. Ou seja, a suspensão das ações se estende até o termo final do processo da recuperação ou até a aprovação ou não do plano de recuperação, que também não possui prazo, pois a lei apenas define o prazo de 120 (cento e vinte) dias para que o devedor apresente o plano, podendo este prazo ser estendido pelo juiz, desde que observadas determinadas condições (§1121 (d), BC)<sup>18</sup>.

A doutrina americana entende que o automatic stay permite ao devedor que busque soluções que desviem da absolute priority of claimns (ordem classificação dos créditos), preservando para si uma parcela de valor da empresa em recuperação<sup>19</sup>.

Dessa forma, o poder de barganha do devedor no sistema norte-americano é maior do que

16 CARVALHO, Eduardo Coube de Carvalho, A ineficiência do atual processo de recuperação judicial de empresas no Brasil, disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-ineficiencia-do-atual-processo-de-recuperacao-judicial-de-empresas-no-brasil-21012019>, acesso em 28.09.2020.

17 CRETELLA NETO José, Nova lei de Falências e Recuperação de Empresas 1º edição, Rio de Janeiro: Forense, 2005. P. 28.

18 SOUZA JUNUI, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes, Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005, 2º edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007, P. 273.

19 BEBCHUK in SOUZA JUNUI, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes, Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005, 2º edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007, P. 273

o do sistema brasileiro, uma vez que o prazo de suspensão das ações e execuções é de 180 (cento e oitenta) dias. Inclusive, cumpre destacar, que o regime brasileiro possui absoluta rigidez ao juiz, uma vez que este não possui nenhuma margem para interferir no processo de negociação, levando, muitas vezes, a soluções incompatíveis com as circunstâncias e peculiaridades de cada caso, podendo desviar a finalidade da recuperação. Neste sentido, entende a doutrina:

“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 lei – 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 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.”<sup>20</sup>

Mais um ponto que diferencia ambos os institutos é o prazo para apresentação do plano de recuperação judicial. Enquanto no regime brasileiro é de 60 (sessenta) dias, no regime norte-americano é de 120 (cento e vinte) dias com a possibilidade de prorrogação por até 18 (dezoito) meses.

20 SOUZA JUNUI, op. cit., p. 275.



No Brasil, a classe de credores já é predeterminada pela legislação, classificando eles em: credores trabalhistas, credores com garantia real, credores quirografários e credores de microempresas e empresas de pequeno porte. Já no modelo americano há a autonomia de criação de classe de credores, tendo em vista uma maior liberdade de negociação entre o devedor e seus credores.

Ainda, no modelo brasileiro, as empresas públicas e sociedade de economia mista, as instituições financeiras públicas ou privadas, cooperativas de crédito, consórcios, entidades de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização (artigo 2º da Lei 11.101/2005) estão excluídas dos legitimados para requerer recuperação judicial. Já no ordenamento norte-americano apenas os operadores de linhas férreas, corretoras de ações e commodities não podem requer a recuperação judicial (11 U.S.C. § 109).

No que tange às funções do administrador judicial, perante a legislação brasileira ele atua apenas na figura de fiscal do devedor (artigos 22 e 154 da Lei 11.101/2005), porém, na legislação norte-americana exerce funções administrativas, conforme § 341 do capítulo 11 do U.S.C.

Por fim, sabe-se que nos Estados Unidos a ocorrência de crime falimentar é tratada com maior rigor para que sejam realizadas as punições efetivas, enquanto no ordenamento jurídico brasileiro, em que pesem as punições pomenorizadas na legislação, nos casos concretos não são aplicadas com tanta austeridade.

### **3. APLICABILIDADE DO CHAPTER 11 NO DIREITO BRASILEIRO**

#### **3.1. CRAM DOWN**

A concessão da recuperação judicial a uma empresa devedora se encontra condicionada à aprovação dos credores, após a realização de uma assembleia para votação acerca do plano de recuperação judicial. Aliado a isso, cabe ao juiz exercer o controle de legalidade do plano e, caso este esteja em conformidade com a lei, cabe ao juiz apenas homologá-lo, concedendo ao devedor a recuperação judicial.

Pois bem, fato diverso ocorre na legislação americana, em que muito se fala em cram down, mecanismo este que possibilita a corte proferir decisão, com aprovação ou rejeição do plano de recuperação judicial, ainda que contrário ao que foi decidido pelos credores. Para tanto, o plano deverá ser justo e equitativo, não causando discriminação injusta, conforme previsto na section 1129 (b) do Bankruptcy Code<sup>21</sup>.

Na legislação brasileira, o artigo 58, §1º da LFRJ é o que mais assemelha ao cram down, com o seguinte dispositivo:

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;
- 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.

No caso do modelo brasileiro, trata-se de um cram down “fechado” e legalista, ou seja, uma espécie de “quórum” alternativo ou rebaixamento de quórum, com objetivo de limitar a atuação do magistrado<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> KENTON, Will, Cramdown, disponível em <https://www.investopedia.com/terms/c/cramdown.asp>, acesso em 28.09.2020

<sup>22</sup> BARIL, Daniel; Feijó, Guilherme Queirolo, Cram Down: Considerações Críticas à importação do regime chapter 11 para o regime legal da Lei 11.101, <https://www.silveiro.com.br/cram-down-consideracoes-criticas-a-importacao-do-regime-do-chapter-11-para-o-regime-legal-da-lei-11-101/>, acesso em 28.09.2020.



Sheila Cerezetti<sup>23</sup>, por exemplo, defende a necessidade de redução de rigorismo para a adoção de mecanismos que realmente protejam os credores, sem permitir que as empresas que efetivamente possuem possibilidade de recuperação sejam arrastadas à falência tendo em vista a rigidez das regras e requisitos estabelecidos pela legislação, que podem prejudicar tanto os credores como o devedor.

Para Eduardo Secchi Munhoz<sup>24</sup> seria o caso de flexibilização, notadamente à existência de um impasse, uma vez que não há possibilidade de radicalização em nenhum dos dois lados, ou seja, não há que se atribuir ao juiz um papel de homologador de manifestação de credores. No entanto, também não se pode dar ao juiz o poder de intervir livremente no feito recuperacional, não levando em consideração a decisão dos credores, que são os maiores interessados no processo. Dessa forma, defende o doutrinador a possibilidade de intervenção do juiz, só que de forma limitada.

Frise-se que ainda que não estejam preenchidos todos os requisitos do artigo 58, § 1º da Lei 11.101/2005, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça manteve um acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que aprovou o plano de recuperação judicial. O Ministro Luis Felipe Salomão frisou que a Lei 11.101/2005 serve como parâmetro de condução de operacionalidade da recuperação judicial, com objetivo de sanear o colapso econômico, financeiro e patrimonial da unidade produtiva economicamente viável, evitando-se a configuração de insolvência irreversível. Justifica que a hermenêutica da Lei 11.101/2005 deverá se manter fiel aos propósitos do diploma legal, viabilizando superação da crise empresarial<sup>25</sup>.

Dessa forma, verifica-se que em que pese a ausência de previsão legal que contemple todos os casos concretos, na prática o instituto de cram down tem sido comumente utilizado com objetivo de ampliar o poder do magistrado ao aprovar o plano de recuperação judicial, concedendo efetividade ao cumprimento dos princípios da função social da empresa e preservação da atividade empresarial.

23 CEREZETTI, Sheila C. Neder Cerezetti. A Recuperação Judicial de Sociedades por Ações: O Princípio da Preservação da Empresa na Lei de Recuperação e Falência. São Paulo/SP: Malheiros Editores, 2012, p. 316.

24 MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial. Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais, ano 10, nº 36, abr./jun. 2007, p. 192.

25 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp nº 1337989, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, data de julgamento: 08.05.2018, QUARTA TURMA, Data da Publicação 04.06.2018.

#### 4. CASO – LATAM AIRLINES S/A

Atualmente, muito em decorrência da pandemia de COVID-19, tem se falado na imprensa brasileira do Chapter 11 e do Chapter 7, ambos do United States Code, uma vez que se configuram como recuperação judicial e da falência no direito americano.

A pandemia, além de uma crise sanitária mundial, impactou economicamente todos os países do mundo. De um lado, as empresas que investiram e possuem um know how baseado em serviços que são realizados exclusivamente online, viram seus lucros atingirem parâmetros inimagináveis, enquanto empresas de varejo, companhias aéreas, restaurantes, casas de eventos, dentre outras, viram seu faturamento despencar drasticamente, demitindo funcionários em massa e readequando todas as suas operações ao novo cenário mundial. Muitas delas, empresas nacionais e multinacionais não viram outra alternativa que não fosse o ajuizamento de recuperação judicial ou chapter 11, como o caso da Latam Airlines.

A Latam Airlines Group S.A. é uma empresa multinacional, resultante da fusão das companhias aéreas da América Latina: TAM Linhas Aéreas (Brasil) e a LAN Airlines (Chile). A Latam Airlines desenvolveu um plano estratégico durante quatro anos (2015 – 2018) como intuito de se converter em um dos maiores importantes grupos empresariais do mundo<sup>26</sup>.

Ante ao impacto do isolamento social causado por conta da pandemia, em meados de maio de 2020 a Latam Airlines ingressou com o Chapter 11 nos Estados Unidos para reestruturação das empresas do Chile, Colômbia, Equador e Estados Unidos. Nesse primeiro momento, a Latam Brasil ficou de fora do pedido, aderindo posteriormente, em meados de julho, visando sua reestruturação, reorganização e suspensão das ações de cobrança.

Quando a Latam Brasil resolveu ingressar com o pedido perante a justiça americana, muitos vislumbraram uma competição entre a solução legal e judicial em ambos os países. Porém, o professor Fabio Uihôa Coelho viu de forma diversa:

“A decisão da LATAM Brasil não levou em conta as diferenças entre o direito brasileiro e o norte-americano, até mesmo porque são iguais na essência. Foi, na verdade, uma decisão de

26 LATAM – Linhas Aéreas do Brasil, disponível em [https://www.latam.com/pt\\_br/conheca-nos/sobre-nos/historia/](https://www.latam.com/pt_br/conheca-nos/sobre-nos/historia/) acesso em 24.09.2020.



contornos meramente econômicos.

A adesão ao processo nos EUA visou incluir a LATAM Brasil na ampla renegociação que já está em curso por lá. Juntando-se às demais empresas do grupo, ela poderá ser beneficiada pelo DIP-financing em andamento no Chapter 11, no robusto valor de 2,4 bilhões de dólares.

Mesmo os profissionais brasileiros chamam o financiamento da empresa em crise de DIP-financing. DIP é a sigla de debtor in possession, algo como “manutenção do devedor à frente de seus negócios” em português. É uma das condições de uma racional reestruturação da empresa, prevista tanto na lei brasileira como na estadunidense.

A oportunidade para a obtenção de novos recursos financeiros, indispensáveis à superação da crise, abriu-se no processo judicial no exterior, mas até mesmo financiadores brasileiros estão envolvidos no DIP-Financing abrangente de todo o grupo. Somente por essa questão econômica é que a LATAM Brasil optou pela adesão ao Chapter 11.<sup>27</sup>

Pois bem, ante adoção do princípio da preservação da empresa e a função social, os juízes brasileiros devem colaborar com os americanos para buscar a superação da crise momentânea de uma empresa que traz proveito para a população brasileira e também mundial<sup>28</sup>.

Em que pese na lei brasileira não existir reconhecimento automático da lei americana, sabe-se que os efeitos do Chapter 11, B.C. serão sentidos pelos credores brasileiros, tal fato indiscutível. Ainda, as dívidas poderão ser executadas normalmente pela lei nacional das empresas que não possuem operações nos Estados Unidos.

Os veículos de comunicação têm noticiado que a LATAM, filial brasileira, tenta convencer seus credores, que possuam sede nos Estados Unidos, a aderirem ao Chapter 11, B.C, devendo acatar às decisões proferidas naquele processo, com risco de sofrerem penalizações<sup>29</sup>.

Sabe-se que eventuais litígios aventados no Brasil poderão ser alvo de discussão no Superior

27 COELHO, Fabio Ulhôa, A justiça global e o caso Latam, disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-justica-global-e-o-caso-latam-08082020>, acesso em 28.09.2020

28 COELHO, Fabio Ulhôa, op. cit., acesso em 28.09.2020.

29 LATAM tenta convencer credores brasileiros a aderirem à recuperação judicial nos EUA, TERRA, 2020, <https://www.terra.com.br/noticias/coronavirus/latam-tenta-convencer-credores-brasileiros-a-aderirem-a-recuperao-judicial-nos-eua,fdd64606e1a10ab221f03ff809dbc54e9aamsyzl.html>, acesso em 28.01.2021.

Tribunal de Justiça, podendo esbarrar em temas maiores, como soberania, por exemplo. Em que pese não ocorrer o reconhecimento automático, há casos em que a justiça estrangeira reconhece a lei brasileira, em alguns casos, estendendo para credores estrangeiros os efeitos da lei de recuperação judicial brasileira<sup>30</sup>.

Ao ser indagado, o advogado da Latam Brasil mencionou que apesar da lei brasileira não mencionar em cooperação internacional, não há nada que impeça os juízes brasileiros que se utilizem do princípio da preservação das empresas. Destaca ainda que eventual decisão contrária pode ser levantada como violação à lei de recuperação judicial e falência brasileira. Por fim, explica que o pedido foi realizado nos Estados Unidos, tendo em vista as facilidades de condução do processo naquele país<sup>31</sup>.

## 5. CONCLUSÃO

Conclui-se, após estudos e análise comparativa da recuperação judicial brasileira com o Chapter 11, B.C. que, em que pese o modelo brasileiro encontrar-se baseado na legislação americana, possui diversas peculiaridades e dispositivos utilizados pelo legislador para que o texto legal se enquadre na realidade brasileira.

Pois bem, sabe-se que a recuperação judicial foi um instituto criado com intuito de promover uma recuperação estrutural e financeira da atividade empresarial, da forma mais célere e vantajosa à empresa e aos credores.

No judiciário brasileiro, mesmo ante a ausência previsão legal, visando o efetivo soerguimento da empresa, os magistrados têm aplicado em casos específicos alguns dispositivos legais do direito americano. Destaca-se a utilização do cram down em casos específicos, em que o magistrado aprova o plano de recuperação judicial, mesmo que este tenha sido rejeitado pela assembleia de credores, dada as peculiaridades do caso analisado. Há, nesses casos um cram down mais engessado, legalista e rígido. Enquanto os norte-americanos optam pela utilização deste instituto com objetivo de dar efetividade ao Chapter 11 para que a empresa volte a se reestruturar, dando “chances” ao devedor, visando o princípio da função social da empresa e da preservação da atividade empresarial, no Brasil a lei determina que caso não

30 TERRA, op. cit., acesso em 28.01.2021.

31 TERRA, op. cit., acesso em 28.01.2021.



haja aprovação na assembleia de credores conforme os quóruns pré-estabelecidos ou caso haja o descumprimento do plano de recuperação judicial a punição do devedor será a falência, fato que não ocorre na legislação americana.

Dessa forma, verifica-se a utilização do *craw down* em casos pontuais, quando o magistrado vislumbra, através de uma análise detalhada do ocorrido na assembleia geral de credores e do plano de recuperação judicial conjuntamente com a função social e preservação da empresa, e opta por aprovar o plano de recuperação judicial, mesmo quando rejeitado pela assembleia de credores. Esse entendimento está sendo adotado pelos Tribunais Superiores que mantêm as decisões proferidas pelos magistrados, tendo em vista que a ausência da aprovação do plano de recuperação judicial acarretará na falência da empresa, medida drástica em alguns casos em que a possibilidade de recuperação é demonstrada pela empresa.

Cumprido destacar, que o ordenamento jurídico brasileiro, não obstante suas peculiaridades, deverá, especialmente, dada a singularidade de cada caso, utilizar-se de “flexibilizações” do texto legal, usando de dispositivos presentes no ordenamento jurídico americano.

Casos como o LATAM Airlines S.A. que requereu o Chapter 11, B.C., visando as flexibilizações e facilidades de condução do processo recuperacional nos Estados Unidos e optando por englobar a filial brasileira. Sabe-se que, em que pese não ocorrer o reconhecimento automático da lei americana pelo ordenamento jurídico brasileiro, os efeitos deste instituto serão, indubitavelmente, sentidos pelos credores brasileiros. Inclusive, caso haja litígios judiciais a respeito de dívidas contraídas no Brasil, estes poderão esbarrar em questões como soberania.

Outrossim, frisa-se que o processo de recuperação judicial brasileiro e o Chapter 11, B.C. visam a preservação da empresa em dificuldades provisórias econômico-financeiras, tendo em vista a função social, proteção de trabalhadores, participação ativa de credores, sempre com o fito de recuperar a empresa e trazer aos credores o pagamento de seus créditos, para que ambas as partes sejam beneficiadas.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARIL, Daniel; Feijó, Guilherme Queirolo, **Cram Down: Considerações Críticas à importação do regime Chapter 11 para o regime legal da Lei 11.101**, disponível em: <https://www.silveiro.com.br/cram-down-consideracoes-criticas-a-importacao-do-regime-do-chapter-11-para-o-regime-legal-da-lei-11-101/> acesso em 28.09.2020.

BEBCHUK in SOUZA JUNUI, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes, **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005**, 2ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007, P. 273.

CARVALHO, Eduardo Coube de Carvalho, **A ineficiência do atual processo de recuperação judicial de empresas no Brasil**, disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-ineficiencia-do-atual-processo-de-recuperacao-judicial-de-empresas-no-brasil-21012019>, acesso em 28.09.2020.

CEREZETTI, Sheila C. Neder Cerezetti. **A Recuperação Judicial de Sociedades por Ações: O Princípio da Preservação da Empresa na Lei de Recuperação e Falência**. São Paulo/SP: Malheiros Editores, 2012, p. 316.

CRETELLA NETO José, **Nova lei de Falências e Recuperação de Empresas** 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2005. P. 28.

COELHO, Fábio Ulhoa, **Manual de direito comercial: direito de empresa** – 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 273.

COELHO, Fábio Ulhoa, **A justiça global e o caso Latam**, disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-justica-global-e-o-caso-latam-08082020>, acesso em 28.09.2020.

DEWEILER, Gerri, **Filing Bankruptcy: Chapter 7 vs. Chapter 13 vs. Chapter 11 Bankruptcy**, Disponível em <https://www.credit.com/debt/filing-for-bankruptcy-difference-between-chapters-7-11-13/>, acesso em 24.09.2020.

KENTON, Will, **Cramdown**, disponível em <https://www.investopedia.com/terms/c/cramdown.asp>, acesso em 28.09.2020.



LATAM – Linhas Aéreas do Brasil, disponível em [https://www.latam.com/pt\\_br/conheca-nos/sobre-nos/historia/](https://www.latam.com/pt_br/conheca-nos/sobre-nos/historia/) acesso em 24.09.2020.

**LATAM tenta convencer credores brasileiros a aderirem à recuperação judicial nos EUA**, TERRA, 2020, <https://www.terra.com.br/noticias/coronavirus/latam-tenta-convencer-credores-brasileiros-a-aderirem-a-recuperacao-judicial-nos-a,fdd64606e1a10ab221f03ff809dbc54e9aamsyzl.html>, acesso em 28.01.2021.

MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. Volume IV. 3. ed. revista e ampliada São Paulo: Atlas, 2009. p. 164.

MUNHOZ, Eduardo Secchi, **Anotações sobre os limites do poder jurisdicionais na apreciação do plano de recuperação judicial**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, ano 10, nº 36, 2007.

OLIVEIRA, Diogo Luís Manganelli; SCHLAUCHER, Débora Guedes, **Reflexões acerca do cram down na Lei 11.101/2005**, disponível em <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-155/reflexoes-acerca-do-instituto-do-cram-down-na-lei-11-101-2005/>, acesso em 24.09.2020.

PEDRO, Carolina Mansur da Cunha, **Porque não é possível transportar o Chapter 11 para a Lei de Recuperação Judicial e Falências Brasileira?**, disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/392410/mod\\_resource/content/1/Carolina%20Mansur%20-20Fundamentos%20do%20direito%20da%20empresa%20em%20crise%20Por%20que%20na%CC%83o%20e%CC%81%20po%CC%81ssi%CC%81vel%20transportar%20o%20chapter%2011%20para%20a%20lei%2011.101.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/392410/mod_resource/content/1/Carolina%20Mansur%20-20Fundamentos%20do%20direito%20da%20empresa%20em%20crise%20Por%20que%20na%CC%83o%20e%CC%81%20po%CC%81ssi%CC%81vel%20transportar%20o%20chapter%2011%20para%20a%20lei%2011.101.pdf), acesso 28.09.2020.

RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Recuperação de Empresas: de acordo com a lei 11.101**, de 09.02.2005, São Paulo: Manole, 2008. p. 25.

SOUZA JUNUI, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes, **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005**, 2ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007, P. 273.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp nº 1337989, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, data de julgamento: 08.05.2018, QUARTA TURMA, Data da Publicação 04.06.2018.

US COURTS. Cortes dos Estados Unidos. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/services-forms/bankruptcy/bankruptcy-basics/chapter-11-bankruptcy-basics#:~:text=A%20chapter%2011%20case%20begins,creditors%20that%20meet%20certain%20requirements>, acesso em 27.09.2020.

ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho; ZANOTI, André Luiz Depes. **A preservação da empresa sob o enfoque da nova lei de falência e de recuperação de empresas**. LEX: Revista do Direito Brasileiro, São Paulo, n.29, p.15, set/out. 2007.



## **O DIP FINANCING E A MATERIALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA REDUÇÃO DO CUSTO DO CRÉDITO: O QUE ESPERAR DO LEGISLADOR REFORMISTA?**

### **DIP FINANCING AND THE MATERIALIZATION OF THE CREDIT COST REDUCTION PRINCIPLE: WHAT TO EXPECT FROM THE REFORMIST LEGISLATOR?**

**Eduardo Oliveira Agostinho\***

**João Paulo Atilio Godri\*\***

#### **Resumo**

O princípio da preservação da empresa constitui o horizonte regente de aplicação e interpretação da Lei 11.101/2005, mas que, também, vem acompanhada de outros princípios informadores, como é o caso da redução do custo de crédito. A identificação de que a recuperação judicial tem afastado do devedor empresário a possibilidade de obtenção de novos recursos para viabilizar o soerguimento de sua atividade, demonstrou que é preciso a criação de mecanismos que azeitem o financiamento da empresa recuperanda. Neste sentido, a reforma da Lei 11.101/2005, pela Lei 14.112/2020, ao instituir o denominado DIP Financing, de acordo com as peculiaridades jurídico-econômicas brasileira, visa corrigir lacunas importantes e que confluirão para a consecução do objeto maior da recuperação judicial, notadamente a preservação da empresa economicamente viável, pela manutenção dos empregos e geração de riquezas. Por meio do método dedutivo, conclui-se que o legislador reformista, ao se aproveitar da janela de oportunidade que fora criada, pode ter

\* Doutor em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC-PR. Professor de Direito Empresarial da Graduação e Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC-PR. Advogado.

\*\* Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC-PR. Professor de Direito Empresarial da Graduação da Faculdade Inspirar. Advogado.

estabelecido novos estímulos para que o empresário tenha condições de acessar novos recursos, ao mesmo tempo em que o detentor de capital tenha segurança e confiabilidade para a realização da operação financeira, evitando-se surpresas e prejuízos futuros.

#### **Abstract**

*The principle of company's preservation constitutes the governing horizon for the application and interpretation of Law 11.101 / 2005, but it also comes with other informational principles, such as the reduction in the cost of credit. The identification that the judicial reorganization prevents the possibility of obtaining new resources from the business debtor to enable the uplift of his activity, demonstrated that it is necessary to create mechanisms to oil the financing of the recovering company. In this sense, the proposed reform of the Law 11.101/2005, by the current Bill 4.458/2020, by instituting the so-called DIP Financing, according to the Brazilian legal-economic peculiarities, aims to correct important gaps that will converge to achieve the major object of judicial recovery, notably the preservation of the economically viable company, by maintaining jobs and generating wealth. Through the deductive method, it is concluded that the reformist legislator, by taking advantage of the window of opportunity that had been created, may have established new incentives for the entrepreneur to be able to access new resources, at the same time as the capital holder have security and reliability to carry out the financial operation, avoiding surprises and losses.*

**Palavras-chave:** 1. Recuperação Judicial; 2. Princípio da Redução do Custo do Crédito; 3. Financiamento do Devedor Empresário; 4. Desenvolvimento Econômico.

**Keywords:** 1. Judicial Recovery; 2. Principle of Credit Cost Reduction; 3. Financing of the Business Debtor; 4. Economic Development.

#### **SUMÁRIO**

1. Introdução; 2. Breves apontamentos sobre a Lei 11.101/2005: a redução do custo do crédito e a insolvência empresarial; 3. O financiamento do devedor empresário, o dip financing e a Lei 14.112/2020; 4. Considerações finais; Referências.

## **1. INTRODUÇÃO**

A Lei 11.101/2005 constitui um dos principais normativos jurídico-econômicos promulgados



pós-democratização brasileira. A nova lei de falências e recuperação de empresas trouxe ao lume importantes questões estruturais para o enfrentamento da insolvência empresarial, reafirmando a relevância da atividade empresarial pela manutenção, sempre que possível e viável, 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.

Informada por diversos princípios, preocupou-se o legislador de 2005 em criar condições para que, dentre outras finalidades, se obtivesse no Brasil um ambiente que proporcionasse a redução do custo do crédito. Após mais de quinze anos de sua vigência, o objetivo ainda não fora cumprido em sua integralidade, tendo sido escancarada, por outro lado, uma faceta não desejada do processo de recuperação judicial: a dificuldade de captação e obtenção de novos recursos pela empresa recuperanda.

O presente artigo promoverá um recorte temático na nova legislação, enfrentando-a sob o prisma do princípio da redução do custo do crédito. Pretende-se demonstrar que a Lei 11.101/2005 deve caminhar conjuntamente com a adequada tutela do crédito, a fim de que não se prejudique a finalidade da recuperação judicial, notadamente a preservação da empresa.

Por esta razão é que o presente artigo pretende, brevemente, se debruçar sobre as proposições trazidas na Lei 14.112/2020, especialmente no que diz respeito ao DIP Financing. Com a inclusão de mecanismos de financiamento do devedor empresário, pode o legislador reformista ter corrigido uma importante lacuna no atual regime de insolvência empresarial e reajustado a norma falimentar aos primados da redução do custo e do fomento ao crédito, com efeitos positivos, por extensão, ao próprio mercado de distressed assets.

Partindo da premissa de que a obtenção de crédito novo é de suma importância para o sucesso da recuperação judicial, pretender-se-á demonstrar como o DIP Financing poderá contribuir com o regime anteriormente estatuído. Para tanto, serão utilizadas as alterações realizadas pela Lei 14.112/2020, abstraindo-se, neste momento, de qualquer crítica quanto ao que fora apresentado a outros pontos sensíveis da legislação de 2005.

## **2. BREVES APONTAMENTOS SOBRE A LEI 11.101/2005: A REDUÇÃO DO**

## **CUSTO DO CRÉDITO E A INSOLVÊNCIA EMPRESARIAL**

Os mais de quinze anos de vigência da Lei 11.101/2005 demonstram que uma das maiores dificuldades das empresas em recuperação judicial diz respeito à obtenção do chamado “dinheiro novo”. Isto é, não raras as vezes as recuperandas se deparam com dificuldades para captação de recursos/créditos no mercado, gerando um efeito cascata: inoperância do fluxo de caixa, ausência de recursos para o pagamento das obrigações primárias (salários de trabalhadores e principais fornecedores), entraves para continuidade da operação e, não raro, o insucesso do próprio procedimento recuperacional.

Alguns mecanismos para proteger os detentores de capital, e incentivá-los a injetar dinheiro nas empresas recuperandas, foram previstos pelo legislador de 2005, a exemplo da disciplina do art. 67 da lei falimentar, que considera como crédito extraconcursal, em caso de falência, os valores decorrentes de obrigações contraídas durante a recuperação judicial. Porém, a insegurança jurídica (dentre outros fatores), realçada muitas vezes por decisões judiciais que podem vir a ser consideradas contraditórias e distorcidas, acaba(ram) por minar o interesse de potenciais investidores/financiadores (vide, por exemplo, a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça que tutelou a exoneração de garantias dos terceiros garantidores pelo plano de recuperação judicial em assembleia-geral de credores, o que se aponta sem nenhum juízo de valor, mas para demonstrar que se trata de assunto em voga<sup>1</sup>).

O fato é que a tutela do crédito permeou os trabalhos de elaboração e construção do sistema de insolvência empresarial inaugurado pela Lei 11.101/2005. E não poderia ser diferente, ante os impactos que a crise empresarial gera para o mercado de crédito, tanto sob o ponto de vista da relação bilateral devedor-credor (microanálise), como sob o prisma da relação plurilateral estabelecida entre os diversos stakeholders, direta ou indiretamente interessados no deslinde da recuperação ou da decretação da falência do empresário.

Portanto, muito além da preservação da empresa – cediço horizonte regente de aplicação do normativo recuperacional e falimentar, cuja redação do art. 47 corrobora a importância da atividade empresarial para o desenvolvimento econômico e social do país<sup>2</sup>, pela manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores –, a Lei

1 Neste sentido, ver: REsp: 1700487 MT 2017/0246661-7, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Data de Julgamento: 02/04/2019, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 26/04/2019.

2 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira et. al. A Concorrência no Setor de Bebidas Frias. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ROCHA JÚNIOR, Weimar Freire da (Coord). Concorrência e Tributação no Setor de Bebidas Frias. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 137.



11.101/2005 também está ancorada no denominado princípio da redução do custo de crédito. Como se depreende da leitura do relatório apresentado pelo senador Ramez Tebet, relator da Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) do Senado Federal, resumido por Rubens Approbato Machado<sup>3</sup>, a nova lei de 2005 foi concebida sob a percepção de que era preciso incentivar a aplicação de recursos financeiros a um custo menor nas atividades produtivas, com o objetivo de estimular o crescimento econômico.

Isso se materializaria na medida em que fosse conferida segurança jurídica aos detentores de capital, com preservação das garantias e normas precisas sobre a ordem de classificação de créditos não somente na recuperação judicial, mas, principalmente, na falência. A mensagem era bastante clara e à época festejada, ante a percepção de que, ao alterar os instrumentos legais vigentes (falência) e constituir outros que permitissem a recuperação da empresa e impedissem o seu fechamento, o legislador de 2005 encampava a tentativa de melhorar o ambiente de crédito brasileiro<sup>4</sup>, dando continuidade ao processo iniciado ainda na década de 1990 por força da estabilização econômica alcançada pelo plano real<sup>5</sup>.

O crédito constitui fenômeno complexo, com dimensões sociais, jurídicas e econômicas. Nas palavras de Jairo Saddi, “não se contesta que um país não se desenvolve sem um mercado de crédito farto em ofertantes e tomadores de crédito, a preços acessíveis”<sup>6</sup>, de modo que é essencial para uma economia de mercado saudável, sustentável e inclusiva.

O direito, assim, possui papel de destaque nessa conformação de tutela, promoção e efetivação do crédito, sendo ainda mais relevante quando inserido no contexto empresarial, pelos efeitos decorrentes da atividade econômica exercida pelo empresário. Não obstante, reconhece-se que a Lei 11.101/2005, em que pese a base principiológica estatuída no que tange à redução do custo de crédito, não estabeleceu condições adequadas para sua efetivação.

3 MACHADO, Rubens Approbato. Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 25/26.

4 SADDI, Jairo. Análise Econômica da Falência, in TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direito e Economia no Brasil. São Paulo. Atlas, 2014, p. 351.

5 NITSCHKE JÚNIOR, Ademar. A atividade Empresarial no Brasil e a Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988 – A necessária harmonia para a promoção do desenvolvimento econômico e redução das desigualdades sociais. 2008. 186 f. Dissertação de Mestrado. Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2008, p. 148.

6 SADDI, Jairo. Direito e Economia no Mercado de Crédito, in PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro Sampaio (Coord.). Direito e Economia: Diálogos. Rio de Janeiro. FGV Editora, 2019, p. 149.

O sentimento de insucesso dessa empreitada é pontualmente resumido por Luiz Fabiano Silveira Saragiotto, ao destacar que “com o benefício de 14 anos passados da aprovação da lei [11.101/2005], fica claro que tal entusiasmo [decorrente da promulgação da lei com regras baseadas no chapter 11 do Bankruptcy Code] ofuscou enormes desafios, que tornariam a prática da reestruturação tarefa muitas vezes hercúlea e frustrante, pois o que se tinha esperança de trazer previsibilidade, trouxe insegurança, onde se buscava atração de capital, incentivou-se a fuga, quando se via possibilidade de melhor coordenação entre stakeholders, viu-se uma prática de atitudes unilaterais, uma espécie de ‘corrida maluca’ entre credores em busca de qualquer ativo que estaria ao largo do processo judicial”<sup>7</sup>. É neste contexto que se insere a Lei 14.122/2020.

Decorrente do movimento iniciado em 2018, quando do envio ao Congresso Nacional pelo Governo Federal do Projeto de Lei 10.220/2020<sup>8</sup>, perpassando pelo famigerado Projeto de Lei 6.229/2005 (Câmara dos Deputados) e seguido do Projeto de Lei 4.458/2020 (Senado Federal), a Lei 14.112/2020 traz em seu bojo alterações importantes no regime recuperacional-falimentar. Com sua recentíssima promulgação (dezembro de 2020), inaugurou-se nova seção no texto de 2005, objeto da presente pesquisa: “Do Financiamento do Devedor e do Grupo Devedor durante a Recuperação Judicial”.

O momento de inflexão atravessado pela Lei 11.101/2005 é latente, ainda mais após a passagem de uma das maiores recessões econômicas da história recente brasileira, em que a disciplina e os instrumentos da legislação que trata da crise as empresas foram testados à exaustão, seguida da severa crise econômica e social deflagrada pela pandemia do novo coronavírus (COVID-19)<sup>9</sup>. A efetiva capacidade da Lei 11.101/2005 em dar respostas eficientes à insolvência empresarial voltou a ser questionada, o que apenas aumentou a necessidade de a reforma da lei falimentar estar em consonância com a realidade empresarial brasileira e do que efetivamente se espera de uma legislação com tamanho impacto econômico.

7 SARAGIOTTO, Luiz Fabiano Silveira. DIP Financing: um Olhar Alternativo – entendendo a Evolução deste Instrumento no Mercado Americano e as Perspectivas para seu Desenvolvimento no Mercado Brasileiro, in MARTINS, André Chateaubriand; YAGUI, Márcia (Coord.). Recuperação Judicial: Análise comparada Brasil-Estados Unidos. São Paulo. Almedina, 2020, p. 98.

8 Neste sentido, ver: ZOLANDECK, João Carlos Adalberto; NITSCHKE JÚNIOR, Ademar. Breves Considerações sobre o Projeto de Reforma da Lei 11.101/2005: A Fazenda Pública e a Necessidade de Amadurecimento das Discussões do Empresário em Crise. Disponível em: < <https://cutt.ly/wkEeSSH> >. Acesso em 04. Mar. 2019.

9 Neste sentido ver: Senado aprova decreto que reconhece estado de calamidade pública. Disponível em: < <https://cutt.ly/GkEeLPp> >. Acesso em: 10. Out. de 2020.



Todas essas discussões, todavia, não retiram a importância da legislação de 2005, um dos mais relevantes instrumentos jurídico-econômicos promulgados pós-democratização, mediante a fixação de medidas estruturais para o enfrentamento da crise empresarial, a fim de estimular o investimento, o crédito e o emprego no Brasil<sup>10</sup>. As modificações e propostas de alteração realizadas ao longo do tempo são consequências naturais de sua aplicação, a fim de que cada vez mais o arcabouço teórico se adeque à realidade fática enfrentada no dia-a-dia pelos players de mercado e pelo Poder Judiciário<sup>11</sup>.

### **3. O FINANCIAMENTO DO DEVEDOR EMPRESÁRIO, O DIP FINANCING E A LEI 14.122/2020**

Não parece haver divergências de que, para o enfrentamento da crise empresarial, judicial ou extrajudicialmente, necessitará o empresário, pelo menos, de concessão de crédito para a sua capitalização, e, de preferência, a um baixo custo. No cenário econômico brasileiro, a conjunção desses dois fatores (disponibilidade de capital x baixo custo) nunca foi tarefa das mais fáceis, pela confluência de inúmeros elementos de complexo equilíbrio, a exemplo da demanda e a oferta de crédito, da política monetária, do direcionamento do crédito, da concentração bancária, da inflação, dos riscos e inadimplência, do spread bancário e das intervenções judiciais sobre operações financeiras<sup>12</sup>.

Igualmente não parece haver dúvidas de que a Lei 11.101/2005, pela atual conjuntura, não fornecia aos financiadores a segurança jurídica necessária na proteção do crédito e das garantias que serão alienadas ao financiador frente a outros credores<sup>13</sup>. Por consequência, o custo do crédito para as empresas em crise fica extremamente elevado, dando azo a vários

10 LISBOA, Marcos de Barros et. al. A Racionalidade Econômica da Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. in: DE PAIVA, Luiz Fernando Valente (Coord.). Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas, São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 41.

11 Neste sentido: AGUSTINHO, Eduardo Oliveira; GODRI, João Paulo Atilio. A Soberania da Assembleia-Geral de Credores na Recuperação Judicial como Mecanismos de Salvaguarda, sob a perspectiva de Oliver Williamson, in KLEIN, Vinicius; BECUE, Sabrina Maria Fadel (Org.). Análise Econômica do Direito: Principais Autores e Estudo de Casos. Curitiba: CRV, 2019, p. 432.

12 Neste sentido, ver: SADDI, Jairo. Direito e Economia no Mercado de Crédito, in PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro Sampaio (Coord.). Direito e Economia: Diálogos. Rio de Janeiro. FGV Editora, 2019, p. 152-167.

13 MILANESE, Salvatore. O mercado de distressed assets no Brasil: estatísticas, players e operações realizadas, in MILANESE, Salvatore (Org.). Investimento em Distressed Assets: como lucrar com ativos especiais e empresas em crise no Brasil. São Paulo. Matrix, 2019, p. 39.

desdobramentos que podem colocar em xeque o próprio êxito do procedimento recuperacional (o já denominado efeito cascata).

Por evidente, não se pode ignorar que o ambiente institucional brasileiro, para além da legislação falimentar, acaba por contribuir com esse cenário de restrição e elevado custo do crédito para as empresas em recuperação judicial. Recorde-se que a classificação do risco do crédito para empresas com plano de recuperação judicial aprovado (isto é, após superadas importantes etapas do procedimento previsto na Lei 11.101/2005 e que, não raro, ultrapassa o prazo de cento e oitenta dias inicialmente concebido pelo legislador entre pedido de recuperação e homologação do plano) deve ser apontada para o rating/nível “H”.

Vale dizer, as instituições financeiras, ao assim classificarem os créditos para empresas recuperandas, devem provisionar 100% do eventual valor emprestado como garantia da operação, seguindo as regras dispostas na Resolução CMN nº 2.682/1999 e na Circular BC nº 3.648/2013. Com isso, as instituições financeiras não possuem interesse no financiamento da empresa, uma vez que o valor depositado compulsoriamente rende menos do que se fosse colocado no mercado; e caso possuam, as taxas de juros e demais encargos são elevadas, aumentando-se o custo do crédito para o devedor empresário.<sup>14</sup>

Por certo, não será a legislação falimentar a única responsável pela reordenação do cenário atualmente existente. Mas não poderá o legislador reformista se furtar da criação de regras que, minimamente, facilitem a obtenção de novos recursos e contribuam para o escopo de preservação da empresa até segunda ordem estatuído no art. 47 da Lei 11.101/2005, o que, num primeiro momento, de fato, se sucedeu.

Assim, os efeitos perniciosos da dificuldade de acesso ao crédito pelo empresário em crise, ao que tudo indica, receberam a atenção do legislador reformista da Lei 11.101/2005, pela inserção da seção “Do Financiamento do Devedor e do Grupo Devedor durante a Recuperação Judicial”, à semelhança das lições já desenvolvidas na legislação falimentar norte-americana pela aplicação do chamado DIP (debtor-in-possession) Financing. O objetivo consiste em melhorar a regulamentação da concessão de crédito a empresas em recuperação judicial, dando transparência ao processo e segurança ao financiador, com o intuito de reduzir o custo

14 Neste sentido, ver: Classificação das Operações de Crédito do Sistema Financeiro. Disponível em: < <https://cutt.ly/BkErrQi>>. Acesso em: 11. Out. 2020.



do crédito e aumentar a oferta dessas linhas<sup>15</sup>.

O DIP Financing se insere, justamente, nesse contexto de mecanismo criado para viabilizar a abertura de novas linhas de crédito para empresas em recuperação judicial. Extraído do direito norte-americano, o DIP é disciplinado pela Seção 364 do Bankruptcy Code, após reforma legislativa operada em 1978, e que estabelece generosos incentivos legais para que financiadores emprestem recursos nessa modalidade.

A Seção 364 é sugestivamente intitulada “obtaining credit”. Em comum, todas as modalidades de financiamento DIP asseguram aos financiadores prioridade no pagamento em relação aos credores existentes<sup>16</sup>.

O termo Debtor-in-Possession reproduz o conceito de que o devedor mantém a posse dos ativos, de modo que não há a nomeação de um administrador ou trustee para gerir seus ativos<sup>17</sup>. A referência histórica a inclusão do conceito de DIP Financing no Bankruptcy Code diz respeito a formalização de práticas já identificadas nas reorganizações e reestruturações de dívida do Século XIX, especialmente nos processos de larga escala envolvendo os grandes projetos de ferrovias norte-americanas.

Como pontua Luiz Fabiano Silveira Saragiotto, “já naquele época havia sido reconhecida a importância de se conceder empréstimos para financiar a manutenção das operações das ferrovias durante o processo de reestruturação de sua estrutura de capital e as cortes se acostumaram a conceder privilégios aos credores que se aventuravam a fornecer tais créditos, reconhecendo serem essenciais à continuidade das operações<sup>18</sup>. Mais de quarenta anos depois, com a promulgação da Lei 14.112/2020, a Lei 11.101/2005, finalmente, passa a

15 MILANESE, Salvatore. O mercado de distressed assets no Brasil: estatísticas, players e operações realizadas, in MILANESE, Salvatore (Org.). Investimento em Distressed Assets: como lucrar com ativos especiais e empresas em crise no Brasil. São Paulo. Matrix, 2019, p. 39.

16 Neste sentido, ver: Financiamento DIP ou Como Financiar Empresas em Recuperação Judicial. Disponível em: < <https://cutt.ly/HkErgAi> >. Acesso em 22. Set. 2019.

17 SARAGIOTTO, Luiz Fabiano Silveira. DIP Financing: um Olhar Alternativo – entendendo a Evolução deste Instrumento no Mercado Americano e as Perspectivas para seu Desenvolvimento no Mercado Brasileiro, in MARTINS, André Chateaubriand; YAGUI, Márcia (Coord.). Recuperação Judicial: Análise comparada Brasil-Estados Unidos. São Paulo. Almedina, 2020, p. 99.

18 SARAGIOTTO, Luiz Fabiano Silveira. DIP Financing: um Olhar Alternativo – entendendo a Evolução deste Instrumento no Mercado Americano e as Perspectivas para seu Desenvolvimento no Mercado Brasileiro, in MARTINS, André Chateaubriand; YAGUI, Márcia (Coord.). Recuperação Judicial: Análise comparada Brasil-Estados Unidos. São Paulo. Almedina, 2020, p. 99.

contar com dispositivo semelhante.

É interessante notar que as discussões acerca do DIP na recuperação judicial ganharam força no Brasil apenas recentemente, com notícia de algumas poucas operações aprovadas nesse modelo<sup>19</sup>. Porém, as barreiras institucionais então existentes impediam que sua utilização fosse mais bem disseminada entre os players de mercado, o que se espera seja realinhado com as inserções realizadas pelo legislador reformista.

Como apontado pela Turnaround Management Association no Brasil, o baixo uso do DIP no país, até períodos recentes, se devia, essencialmente, a fatores culturais (a recuperação judicial é encarada como sinônimo de fracasso e existe a dificuldade do empresário de assumir tempestivamente a existência de erros em sua gestão e a necessidade de se socorrer do procedimento recuperacional) e da carência de (i) incentivos legais efetivos ao financiador, seja no curso da recuperação, seja em uma posterior falência; (ii) regulação do Banco Central quanto à transparência e regras de governança corporativa; e (iii) o próprio conhecimento sobre a lei falimentar<sup>20</sup>.

Desse modo, a inserção da já citada Seção “Do Financiamento do Devedor e do Grupo Devedor durante a Recuperação Judicial”, destacada na Lei 14.112/2020 como Seção IV-A, com a inclusão dos arts. 69-A ao 69-F, se mostra, sobremaneira, oportuna. Uma análise global dos dispositivos promulgados permite extrair algumas interessantes primeiras impressões, especialmente no que tange à realização do DIP Financing pelos próprios sócios/acionistas da empresa em recuperação judicial.

De início, restou reforçado pela dicção legal que a natureza do contrato de financiamento a ser celebrado pelo devedor empresário possui natureza extraconcursal, com expressa referência pelos novos arts. 69-A<sup>21</sup> e 69-B<sup>22</sup> às disciplinas dos arts. 66 e 67 da Lei 11.101/2005, que

19 Nesse sentido, ver: Empresa em recuperação consegue financiamento sem entregar controle de bens. Disponível em: < <https://cutt.ly/1kErQ9i> >. Acesso em 22. Set. 2019.

20 Disponível em: < <https://cutt.ly/akErFeZ> >. Acesso em 22. Set. 2019.

21 Art. 69-A. Durante a recuperação judicial, nos termos dos arts. 66 e 67 desta Lei, o juiz poderá, depois de ouvido o Comitê de Credores, autorizar a celebração de contratos de financiamento com o devedor, garantidos pela oneração ou pela alienação fiduciária de bens e direitos, seus ou de terceiros, pertencentes ao ativo não circulante, para financiar as suas atividades e as despesas de reestruturação ou de preservação do valor de ativos.

22 Art. 69-B. A modificação em grau de recurso da decisão autorizativa da contratação do financiamento não pode alterar sua natureza extraconcursal, nos termos do art. 84 desta Lei, nem as garantias outorgadas pelo devedor em favor do financiador de boa-fé, caso o desembolso dos recursos já tenha sido efetivado.



tratam, justamente, da extraconcursalidade das obrigações contraídas após o deferimento do processamento da recuperação judicial. Fora de suma importância a reafirmação da natureza extraconcursal do financiamento a ser realizado.

Do contrário fosse, o legislador reformista teria incorrido nas mesmas vicissitudes que atualmente se verificam, especialmente no que concerne à insegurança jurídica.

O art. 69-D trata do encerramento automático do contrato de financiamento em caso de convalidação da recuperação judicial em falência, pontuando o legislador reformista que as garantias constituídas e as preferências serão conservadas até o limite dos valores entregues ao devedor, em nítido equilíbrio entre os interesses do credor financiador, do devedor empresário e dos demais credores. Já os arts. 69-E<sup>23</sup> e 69-F<sup>24</sup> dispõem que qualquer pessoa, incluindo sócios do devedor, poderão fornecer o financiamento, bem como garantir o financiamento (outorgando-se tal faculdade, nesta hipótese, inclusive, ao próprio devedor).

Neste ponto em específico, o legislador reformista implementou relevante alteração na sistemática da Lei 11.101/2005, notadamente no que toca a classificação dos créditos detidos por sócios ou administradores em caso de falência do empresário. Isso porque, pela precedente conformação da legislação falimentar, os créditos detidos por sócios ou administradores eram considerados subordinados em caso de eventual decretação de falência, na forma do art. 83, VIII – ainda que a nova redação do art. 83, VIII, tenha sofrido poucas alterações, sua redação deverá ser interpretada com a também nova disciplina do art. 84, I-B, que dispõe ser de natureza extraconcursal o valor entregue ao devedor em recuperação judicial pelo financiador, à luz do disposto na indigitada Seção IV-A.

Vale dizer, não se estabelecia, numa primeira leitura, nenhum incentivo para que os sócios/acionistas aportassem recursos na empresa em recuperação judicial, pois seriam os últimos a receber na ordem de preferência fixada em lei. E como se pode observar pelas redações conferidas aos artigos integrantes da nova Seção IV-A, não há qualquer distinção acerca da condição de extraconcursalidade do crédito fornecido por sócio ou administrador em caso de falência, o que se corrobora pelo disposto no art. 84, I-B.

<sup>23</sup> Art. 69-E. O financiamento de que trata esta Seção poderá ser realizado por qualquer pessoa, inclusive credores sujeitos ou não à recuperação judicial, familiares, sócios e integrantes do grupo do devedor.

<sup>24</sup> Art. 69-F. Qualquer pessoa ou entidade pode garantir o financiamento de que trata esta Seção mediante a oneração ou a alienação fiduciária de bens e direitos, inclusive o próprio devedor e os demais integrantes do seu grupo que estejam ou não em recuperação judicial.

Em outras palavras, o legislador reformista, pelo menos formalmente, criou importantes incentivos para que os sócios aportem recursos novos na operação, cujos créditos passarão a ser considerados extraconcursais, e não mais subordinados, em caso de decretação de falência. Ao mesmo tempo, confere-se ao devedor empresário um maior leque de opções de potenciais interessados em injetar capital em sua atividade, visando o soerguimento e a superação da crise.

É possível antever, neste ponto, possíveis (e inquietantes) discussões, especialmente no que diz respeito a mitigação do risco empresarial pelos sócios/acionistas. Vale dizer, seria possível questionar se a atribuição de extraconcursalidade ao aporte de recursos realizados pelos sócios no curso da recuperação judicial não importaria transferência do risco da atividade empreendedora aos credores, especialmente aqueles desprovidos de garantia, pois receberiam seus créditos na eventual falência do devedor empresário após o pagamento dos créditos extraconcursais devidos aos sócios, isso se restarem ativos disponíveis.

A extraconcursalidade, assim, traria um efeito reverso: ao invés de incentivar o sócio a injetar recursos para que seja destinado à recuperação e manutenção da atividade empresarial, pela geração de empregos e riquezas, o aporte de capital poderia ser realizado, tão somente, para buscar um benefício a maior em caso de falência, em detrimento dos credores.

Por outro lado, não parece ser utópica a afirmação de que o investimento/injeção de capital pelos sócios/acionistas, inclusive em conjunto com investidores externos, pode constituir indicativo ao mercado, e aos próprios credores, de viabilidade da atividade empresarial e do interesse na continuidade da operação. Poder-se-ia estabelecer um jogo de “ganha-ganha” (win-win) entre todos os envolvidos, pela manutenção do agregado empresarial e pagamento dos credores, no sentido diametralmente oposto, portanto, ao efeito reverso acima argumentado.

Neste cenário, o que deverá ser balizado, num cenário de racionalidade limitada do agente e na ponderação de custos e benefícios pelo comportamento estratégico de cada um dos envolvidos<sup>25</sup>, é se o devedor empresário será oportunista (distorcendo o instituto da

<sup>25</sup> Neste sentido, ver: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Racionalidade Limitada. In. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). O que é análise econômica do direito: uma introdução. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.; BECUE, Sabrina Maria Fadel. Teoria dos Jogos. In. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). O que é análise econômica do direito: uma introdução. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.



recuperação judicial para mitigar os riscos inerentes à atividade empresarial) ou se atuará no sentido de demonstrar que a recuperação judicial e a aprovação de seu plano é o melhor caminho para os credores (sendo a injeção de recursos na empresa estímulo/incentivo aos demais credores e interessados quanto à viabilidade do negócio).

Como visto, optou o legislador reformista por considerar a extraconcursalidade do financiamento a ser concedido diretamente pelo acionista, modificando a opção do texto anterior, previsto no Projeto de Lei 10.220/2020, que mantinha a subordinação do crédito do shareholder em caso de decretação da falência. Pelas recentes alterações legislativas de estímulo à livre iniciativa e ao empreendedorismo, a exemplo da Lei 13.874/2019 (declaração dos direitos da liberdade econômica), não parece razoável, de fato, conferir tratamento diverso aos sócios/acionistas que pretendem injetar novos recursos em prol da recuperação da atividade empresarial.

Se o princípio da preservação da empresa é o horizonte regente da Lei 11.101/2005, conferir um voto de confiança àqueles que tomaram o risco inicial da atividade econômica e ainda acreditam no seu negócio, parece ser uma medida meramente consequencial do arcabouço principiológico que informa a legislação recuperacional. E mais, medida que vai ao encontro dos preceitos da ordem econômica constitucional, fundada na livre iniciativa, na dicção do art. 170 da Constituição Federal. Essa foi, pelo que se observa do novo texto legal, a opção do legislador reformista.

Em desfecho, não se pode olvidar dos impactos econômicos que a adequada regulamentação do DIP Financing pode trazer ao mercado, ante o crescente volume de investidores e fundos criados para operações com distressed assets, muitos deles inseridos nos processos de recuperação judicial e falência. Segundo levantamento da PwC Brasil, os chamados créditos não performados (non performing loans – NPL) movimentaram em valor de face entre os anos de 2008 a 2018, o montante de R\$ 167,4 bilhões<sup>26</sup>.

Conforme dados do Banco Central, o volume de créditos inadimplidos no âmbito do Sistema Financeiro Nacional atingiu 93,5 bilhões em 2018. Por sua vez, de acordo com o Serasa,

26 MILANESE, Salvatore. O mercado de distressed assets no Brasil: estatísticas, players e operações realizadas, in MILANESE, Salvatore (Org.). Investimento em Distressed Assets: como lucrar com ativos especiais e empresas em crise no Brasil. São Paulo. Matrix, 2019, p. 29.

as pessoas jurídicas possuem débitos negativados na ordem de R\$ 126,4 bilhões<sup>27</sup>. Os dados indicam, portanto, o espaço existente para o financiamento de situações de distress e para estruturas como DIP Financing, o que se reforça pelo atual cenário macroeconômico de juros baixos e inflação controlada.

Como adverte Luiz Fabiano Silveira Saragiotto, “o atual ambiente macroeconômico e a dinâmica do mercado financeiro brasileiro proporcional uma oportunidade única de mudanças profundas que levarão a um relevante aumento na disponibilização de capital para projetos de risco”<sup>28</sup>. E continua: “se conseguirmos evoluir nas propostas de mudanças na lei de recuperação judicial e falência e trazer aos processos de recuperação judicial um novo entendimento da importância que novos agentes financeiros têm e o quão fundamental é respeitar os conceitos básicos de proteção ao capital novo, atenção a senioridade na estrutura de capital e respeito a garantias constituídas, conseguiremos evoluir e atrair financiamento a processos de recuperação e insolvência, instrumento tão fundamental a recuperação de empresas”<sup>29</sup>.

Destarte, tem-se que o legislador reformista aproveitou a janela de oportunidade que fora criada e corrigiu, numa primeira análise, as distorções e lacunas então existentes para que, na medida do possível, se promova um ambiente de segurança jurídica e previsibilidade que permita ao detentor de capital alocar seus recursos em empresas que passam por crise de ordem econômico-financeira. E mais, que permita ao próprio devedor empresário ter condições de se reorganizar e planejar sua recuperação judicial de modo a se valer de todos os ferramentais disponíveis para o soerguimento da atividade empresarial, uma vez identificada sua viabilidade.

O tempo dirá.

27 MILANESE, Salvatore. O mercado de distressed assets no Brasil: estatísticas, players e operações realizadas, in MILANESE, Salvatore (Org.). Investimento em Distressed Assets: como lucrar com ativos especiais e empresas em crise no Brasil. São Paulo. Matrix, 2019, p. 29.

28 SARAGIOTTO, Luiz Fabiano Silveira. DIP Financing: um Olhar Alternativo – entendendo a Evolução deste Instrumento no Mercado Americano e as Perspectivas para seu Desenvolvimento no Mercado Brasileiro, in MARTINS, André Chateaubriand; YAGUI, Márcia (Coord.). Recuperação Judicial: Análise comparada Brasil-Estados Unidos. São Paulo. Almedina, 2020, p. 123.

29 SARAGIOTTO, Luiz Fabiano Silveira. DIP Financing: um Olhar Alternativo – entendendo a Evolução deste Instrumento no Mercado Americano e as Perspectivas para seu Desenvolvimento no Mercado Brasileiro, in MARTINS, André Chateaubriand; YAGUI, Márcia (Coord.). Recuperação Judicial: Análise comparada Brasil-Estados Unidos. São Paulo. Almedina, 2020, p. 123.



#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tutela do crédito é indispensável para o desenvolvimento econômico e para a criação de uma economia de mercado saudável, sustentável e inclusiva. Para o empresário em crise, o crédito pode constituir elemento propulsor para a retomada da atividade empresarial.

É preciso que se tenha, portanto, players dispostos a disponibilizar recursos e é preciso que essa operação seja realizada a um menor custo possível. Em que pese o atual arcabouço institucional brasileiro ainda não oferecer plenas condições para redução do custo do crédito, é certo que a legislação falimentar se apresenta como importante instrumento para que o ambiente de crédito no Brasil seja mais fluído e seguro.

Não tendo o legislador de 2005 originalmente conseguido dar resposta positivas ao financiamento do empresário em recuperação judicial, a reforma da Lei 11.101/2005, por meio da Lei 14.112/2020, numa primeira leitura, parece ter caminhado para realinhar a legislação brasileira às melhores práticas internacional, especialmente advindas do direito falimentar norte-americano. A incorporação do DIP Financing à Lei 11.101/2005, sem perder de vista as peculiaridades do sistema jurídico e econômico brasileiro, constitui medida de fundamental importância para assegurar que o empresário tenha condições de acessar novos recursos, ao mesmo tempo em que o detentor de capital tenha segurança e confiabilidade para a realização da operação financeira, evitando-se surpresas e prejuízos futuros.

Conclui-se, destarte, que o legislador reformista aproveitou a janela de oportunidade que fora criada e corrigiu, em um primeiro enfrentamento, as distorções e lacunas então existentes, a fim de que a finalidade maior da Lei 11.101/2005 seja alcançada: a preservação da empresa economicamente viável, pela manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUSTINHO, Eduardo Oliveira; GODRI, João Paulo Atilio. A Soberania da Assembleia-Geral de Credores na Recuperação Judicial como Mecanismos de Salvaguarda, sob a perspectiva de Oliver Williamson, in KLEIN, Vinicius; BECUE, Sabrina Maria Fadel (Org.). **Análise Econômica do Direito: Principais Autores e Estudo de Casos**. Curitiba: CRV, 2019.

BECUE, Sabrina Maria Fadel. Teoria dos Jogos. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

LISBOA, Marcos de Barros et. al. A Racionalidade Econômica da Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. in: DE PAIVA, Luiz Fernando Valente (Coord.). **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**, São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MACHADO, Rubens Approbatto. **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 25/26.

MILANESE, Salvatore. O mercado de distressed assets no Brasil: estatísticas, players e operações realizadas, in MILANESE, Salvatore (Org.). **Investimento em Distressed Assets: como lucrar com ativos especiais e empresas em crise no Brasil**. São Paulo. Matrix, 2019.

NITSCHKE JÚNIOR, Ademar. **A atividade Empresarial no Brasil e a Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988 – A necessária harmonia para a promoção do desenvolvimento econômico e redução das desigualdades sociais**. 2008. 186 f. Dissertação de Mestrado. Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2008, p. 148.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira et. al. A Concorrência no Setor de Bebidas Frias. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ROCHA JÚNIOR, Weimar Freire da (Coord.). **Concorrência e Tributação no Setor de Bebidas Frias**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 137.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Racionalidade Limitada. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.



SADDI, Jairo. Análise Econômica da Falência, in TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo. Atlas, 2014.

SADDI, Jairo. Direito e Economia no Mercado de Crédito, in PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro Sampaio (Coord.). **Direito e Economia: Diálogos**. Rio de Janeiro. FGV Editora, 2019.

SARAGIOTTO, Luiz Fabiano Silveira. **DIP Financing: um Olhar Alternativo – entendendo a Evolução deste Instrumento no Mercado Americano e as Perspectivas para seu Desenvolvimento no Mercado Brasileiro**, in MARTINS, André Chateaubriand; YAGUI, Márcia (Coord.). **Recuperação Judicial: Análise comparada Brasil-Estados Unidos**. São Paulo. Almedina, 2020.

ZOLANDECK, João Carlos Adalberto; NITSCHKE JÚNIOR, Ademar. **Breves Considerações sobre o Projeto de Reforma da Lei 11.101/2005: A Fazenda Pública e a Necessidade de Amadurecimento das Discussões do Empresário em Crise**. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/breves-consideracoes-sobre-o-projeto-de-reforma-da-lei-11-101-2005-a-fazenda-publica-e-a-necessidade-de-amadurecimento-das-discussoes-do-empresario-em-crise>. Acesso em 04. Mar. 2019.

**Câmara dos Deputados** <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=307272>> . Acesso em 10. Out. 2020.

**Classificação das Operações de Crédito do Sistema Financeiro**. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/htms/relinf/port/2000/06/ri200006b1p.pdf>> Acesso em: 11. Out. 2020.

**Empresa em recuperação consegue financiamento sem entregar controle de bens**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-17/empresa-recuperacao-financiamento-entregar-bens>. Acesso em 22. Set. 2019.

**Financiamento DIP ou Como Financiar Empresas em Recuperação Judicial**. Disponível em:<[http://www.veirano.com.br/por/contents/view/financiamento\\_dip\\_ou\\_como\\_financiar\\_empresas\\_em\\_recuperacao\\_judicial](http://www.veirano.com.br/por/contents/view/financiamento_dip_ou_como_financiar_empresas_em_recuperacao_judicial)>. Acesso em 22. Set. 2019.

**Machado Meyer**. <https://www.machadomeyer.com.br/pt/noticias/imprensa/panorama->

[acerca-das-questoes-envolvendo-a-concessao-de-dinheiro-novo-na-recuperacao-judicial](#). Acesso em 22. Set. 2019.

**Senado aprova decreto que reconhece estado de calamidade pública**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-20/senado-aprova-decreto-reconhece-estado-calamidade-publica>>. Acesso em: 10. Out. de 2020.



# CONSOLIDAÇÃO PROCESSUAL E SUBSTANCIAL NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

## PROCEDURAL AND SUBSTANTIVE CONSOLIDATION IN A JUDICIAL RECOVERY

Giovana Harue Jojima Tavarnaro\*  
Mariana Gonçalves Altomani\*\*

---

### Sumário

1. Introdução. 2. Consolidação processual e litisconsórcio ativo. 3. Consolidação Substancial. 4. Da necessidade de ampla divulgação aos players sobre o deferimento da consolidação substancial e determinação de submissão do pleito a assembleia geral de credores. 5. Do entendimento jurisprudencial acerca da matéria. 6. Breve análise das alterações previstas na Lei nº 14.112/2020. 7. Considerações Finais.

**Palavras chaves:** Recuperação judicial. Litisconsórcio ativo. Consolidação processual. Consolidação substancial. Jurisprudência.

\* Doutor em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC-PR. Professor de Direito Empresarial da Graduação e Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC-PR. Advogado.

\*\* Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC-PR. Professor de Direito Empresarial da Graduação da Faculdade Inspirar. Advogado.

### 1. INTRODUÇÃO.

O presente estudo tem por objetivo fazer uma análise da consolidação processual e substancial, bem como dos impactos decorrentes desta última no processo de recuperação judicial, tendo como base as premissas adotadas na doutrina e na jurisprudência, de forma a constatar quais os requisitos para seu deferimento. Ainda, por se tratar de matéria não prevista na Lei nº 11.101/2005, será colacionada a jurisprudência dos tribunais pátrios a respeito do tema, bem como a previsão na Lei nº 14.112/2020.

Diante da crise econômica que assola diversos setores da economia brasileira nos últimos anos, verificou-se um grande aumento dos pedidos de recuperação judicial, como alternativa para a superação do estado de crise. No entanto, a Lei nº 11.101/2005 não abordou a questão atinente ao pedido de recuperação judicial por grupo de sociedades empresárias.

Em seu artigo primeiro, consta que o favor legal é destinado ao empresário e à sociedade empresária. Contudo, diversos grupos de empresas passaram a ingressar com pedido de recuperação judicial em litisconsórcio ativo, para que seus pedidos caminhassem simultaneamente em um processo único, ao que se nominou consolidação processual.

Dentro deste cenário, determinados grupos passaram então a pleitear a elaboração de um plano de recuperação judicial único, votado em assembleia geral por todos os credores, com quórum de votação também único, ao que chamamos de consolidação substancial.

Diante de tal lacuna legislativa, surgiram controvérsias a respeito dos requisitos para o deferimento do pedido de consolidação jurisprudencial, que passaram, então, a ser enfrentados pela doutrina e jurisprudência.

O tema em questão foi tratado nos artigos 69-G a 69-K, da Lei nº 14.112/2020, que prevê expressamente a aplicação da consolidação substancial, em consonância com o que vem se consolidando em matéria de litisconsórcio ativo na recuperação judicial.

Diante do estudo dos requisitos autorizadores da consolidação substancial, serão demonstradas as consequências de sua aplicação, considerando o que tem sido decidido nos tribunais pátrios, objetivando minimizar as incertezas que permeiam a aplicação deste novel instituto.



## 2. CONSOLIDAÇÃO PROCESSUAL E LITISCONSÓRCIO ATIVO.

Ao longo dos últimos anos verificou-se que é cada vez mais frequente o pedido de recuperação judicial por empresas que fazem parte de um mesmo grupo econômico, seja pela comunhão de interesses, direitos e obrigações das partes, como por motivos de celeridade e economia processual.

A consolidação processual deriva do litisconsórcio ativo, previsto no art. 113 do Código de Processo Civil, considerando a sua aplicação em caráter subsidiário à Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e de Falência, consoante o disposto em seu artigo 189.

Para que seja admitido o litisconsórcio é necessária a comunhão de direitos e obrigações, a conexão pelo pedido e causa de pedir e da afinidade por questões fáticas e de direito, bem como a afinidade de questões por ponto comum de fato e de direito (art. 113, CPC), o que pode ser verificado a partir da inserção das sociedades em um mesmo grupo econômico.

Corroborando com a possibilidade do litisconsórcio ativo na recuperação judicial, tem-se fundamental lição de Joel Luis Thomaz Bastos<sup>1</sup>:

“Por literal disposição legal (LRF, art. 189) aplica-se aos processos de recuperação judicial, subsidiariamente, o Código de Processo Civil (CPC). E nem poderia ser diferente, na medida em que a lei especial não pode ter o condão de subverter a natureza dos institutos jurídicos. Ao contrário, como se viu, o Direito Falimentar se relaciona com os outros ramos do Direito, interagindo com eles e tomando emprestado ou utilizando o seus conceitos. Neste contexto, utilizando-se de conceitos de outros ramos do Direito, os tribunais têm admitido o litisconsórcio ativo em ações de recuperação judicial no caso de grupos econômicos, para abranger diversas empresas que comungam de direitos e obrigações em um só procedimento, inclusive algumas situadas fora do território nacional. Trata-se de consolidar processualmente a reestruturação financeira de várias empresas de um mesmo grupo em um único procedimento, o que se afigura altamente correto e de acordo com as melhores práticas jurídico-processuais”.

1 BASTOS, Joel Luis Thomaz. In: Luis Vasco Elias (Coord.) et al. 10 anos da lei de recuperação de empresas e falências: reflexões sobre a reestrutura empresarial no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 2012-2013. Apud: SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência: teoria e prática. – 4. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 459-460

Inequívoca, portanto, a possibilidade de haver litisconsórcio ativo em processos de recuperação judicial. Destaca-se que a consolidação na recuperação judicial está restrita a empresas que componham um mesmo grupo econômico.

O grupo econômico, por sua vez, pode ser de direito ou de fato. O primeiro caso ocorre quando duas ou mais sociedades, embora tendo cada uma delas personalidade jurídica distinta, estiverem formalmente constituídas sob a direção, controle ou administração de outra (sociedade controladora e sociedade controlada, por meio de convenção arquivada perante a Junta Comercial – arts. 265 e 271 da Lei 6.404/1976). O segundo caso ocorre quando as sociedades se relacionam em decorrência da participação que uma possui no capital das outras, sem que exista, porém, uma convenção sobre sua organização formal e administrativa.

Como a afinidade exigida pelo art. 113, III do CPC se dá por ponto comum “de fato ou de direito”, a consolidação processual é admitida tanto no caso de grupo de direito como no de fato.

Ao perscrutar a questão, Fábio Ulhoa Coelho<sup>2</sup> assevera:

*“A Lei não cuida da hipótese, mas tem sido admitido o litisconsórcio ativo na recuperação, desde que as sociedades empresárias requerentes integrem o mesmo grupo econômico, de fato ou de direito e atendam, obviamente, todos os requisitos legais de acesso à medida judicial. Mas, para aceitar o litisconsórcio ativo na recuperação requerida, o Poder Judiciário tem considerado indispensável a existência de grupo econômico entre as requerentes.”*

As razões para que seja admitida a consolidação processual são basicamente as mesmas do litisconsórcio: propiciar a celeridade e economia processual, evitando a repetição de atos processuais, o que certamente ocorreria se os pedidos de recuperação das sociedades fossem processados em separado; evitar decisões conflitantes e reduzir os custos decorrentes do processo de recuperação judicial, especialmente para as sociedades que se encontram em situação de crise econômico-financeira.

O uso deste instituto é uma faculdade do devedor em razão da relação de independência

2 Coelho, Fábio Ulhoa. Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, RT, 11ª Edição, 2016, p. 176



patrimonial e jurídica que as sociedades pertencentes a um mesmo grupo econômico possuem entre si. Neste caso, todas as sociedades se mantêm autônomas, não implicando necessariamente na apresentação de plano de recuperação judicial unificado, o que é característico da consolidação substancial, que será abordada no próximo tópico.

### 3. CONSOLIDAÇÃO SUBSTANCIAL.

A consolidação substancial tem como pressupostos a união de ativos e passivos das sociedades integrantes do mesmo grupo econômico para fins de apresentação do plano de recuperação judicial único para o concurso de credores, de forma que, por atuarem de forma tão interdependente, seria, em determinados casos, impossível cindir os direitos e as obrigações de cada uma que compõe este grupo.

Ressalte-se que a consolidação substancial não é uma decorrência automática da processual. Tal entendimento restou registrado no Enunciado n.º 98, da 3ª Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal, ocorrida em junho de 2019, nos seguintes termos: “a admissão pelo juízo competente do processamento da recuperação judicial em consolidação processual (litisconsórcio ativo) não acarreta automática aceitação da consolidação substancial”.

A diferença entre os dois institutos vem sendo tratada pela doutrina e jurisprudência, tendo em vista a relevância do tema e as consequências que acarreta para o concurso de credores. Em vista disso, a consolidação substancial é medida de uso excepcional, justificável em duas hipóteses, quais sejam: quando os credores em assembleia aprovam a consolidação substancial proposta pelo grupo empresarial e se há confusão patrimonial estrutural entre as sociedades integrantes do grupo, de modo que não seja possível distinguir o patrimônio de cada uma.

No primeiro caso, a consolidação é voluntária, pois decorre de proposta das empresas do grupo, que abrange a consolidação dos ativos e passivos, a serem pagos na forma prevista no plano de recuperação judicial, a qual vem a ser aceita pela maioria dos credores.

No segundo caso, a consolidação é obrigatória, sendo uma consequência do desvio à independência jurídica e patrimonial das sociedades integrantes do grupo, o que acarreta a confusão patrimonial, tornando inviável ou extremamente custosa a separação de direitos, de

obrigações e de credores.

As empresas do grupo se apresentam como se fossem um ente único, unindo-se os patrimônios de todas as sociedades como meio de superação da crise instalada no grupo.

A crescente adoção da consolidação substancial pelos tribunais pátrios se mostra em conformidade com os propósitos da recuperação judicial, qual seja 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, consoante o disposto no art. 47 da Lei em comento.

Além disso, constituindo-se em grupo econômico, com todos os contornos fáticos e jurídicos que o caracterizam, não há óbice para apresentação de um único plano de recuperação judicial, até porque essa modalidade orienta para a celeridade e economia processual.

Sobre possibilidade desse único plano, Fábio Ulhoa Coelho<sup>3</sup> esclarece que:

“Em vista da inexistência de normas reguladoras do litisconsórcio ativo em recuperação judicial, quando admitido este, algumas questões se desdobram. Entre elas, a admissibilidade, ou não, de plano de recuperação consolidado, isto é, um único plano para todos os litisconsortes. E, mais uma vez, abrem-se duas alternativas: entender que a consolidação não é possível por falta de precisão legal específica; ou admiti-la, reconhecendo na Lei uma lacuna a ser superada por meio do princípio fundamental regente da recuperação judicial. E, aqui também, a solução mais adequada é reconhecer que o instituto da recuperação judicial é marcado pela flexibilidade. Para que possa atender às mais variadas situações da dinâmica realidade econômica contemporânea e possibilitar a superação de crises empresariais que inexoravelmente apresentam singularidades e especificidades, a recuperação judicial não pode ser rígida”.

Comungando desse mesmo pensamento, Manoel Justino Bezerra Filho<sup>4</sup> sintetiza:

*“A jurisprudência e a doutrina, corretamente, estão começando a admitir a chamada ‘consolidação*

<sup>3</sup> Ob. cit. p. 177.

<sup>4</sup> Ob. cit. p. 195.



*processual, que nada mais é do que o litisconsórcio ativo com o ajuizamento da inicial por diversas sociedades empresárias, componentes de um mesmo grupo empresarial. Também começa a ser admitida a contrapartida do litisconsórcio ativo, a agora chamada 'consolidação substancial'. Segundo Joel Luis Thomaz Bastos, trata-se de conceito 'mais abrangente, que implica a elaboração e a apresentação de proposta única de pagamento aos credores, seja em plano único, seja em planos distintos.'*

A título exemplificativo, seguem alguns casos de empresas pertencentes a um mesmo grupo que se valeram da consolidação substancial para pedir recuperação judicial, quais sejam: Grupo Oi<sup>5</sup>, Grupo OGX<sup>6</sup> e Grupo OAS<sup>7</sup>.

Ressalte-se que o efetivo processamento da recuperação judicial em consolidação substancial, implica na aceitação do plano único pelos credores em assembleia geral, ocasião em que será realizada uma análise econômico-financeira acerca do plano de recuperação apresentado, devendo apenas satisfazer o juízo de legalidade realizado pelo magistrado.

Destarte, havendo manifesta comunhão de interesses, inclusive entre os credores que, como dito, serão beneficiados com o reconhecimento do grupo econômico de maneira voluntária, justifica-se amplamente a consolidação processual e substancial, permitindo que num único feito seja apresentado, igualmente, um único plano consolidado.

Com a consolidação substancial, passa-se a ter situação de litisconsórcio unitário (art. 116, CPC), no qual todas as sociedades do grupo terão inevitavelmente o mesmo destino: ou terão seu plano de recuperação judicial aprovado, ou este será rejeitado, com a consequente decretação de falência de todo o grupo, visto que o juiz deve decidir o mérito de modo uniforme para todos os litisconsortes.

Nesse sentido, os tribunais brasileiros aceitavam a consolidação substancial, contudo, o entendimento jurisprudencial não era uníssono. A controvérsia residia nos requisitos e condições para deferimento da consolidação substancial, eis que até o início da vigência da Lei 14.112, não havia previsão legal e os julgados baseavam-se apenas pela construção

5 Processo n.º 0203711-65.2016.8.19.0001, 7.ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro - RJ.

6 Processo n.º 0377620-56.2013.8.19.0001, 4.ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro - RJ.

7 Processo n.º 1030812-77.2015.8.26.0100, 1.ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central da Comarca de São Paulo - SP.

doutrinária e jurisprudencial, não havia uma posição sedimentada quanto aos fundamentos para se deferir tal consolidação, gerando assim certa insegurança jurídica.

O Professor Daniel Carnio Costa sugere a análise da utilidade da consolidação substancial com base nos benefícios e prejuízos que sua aplicação trará ao resultado do processo em termos sociais e econômicos.

De acordo com o seu entendimento, para que seja determinada a consolidação substancial, devem ser preenchidos os seguintes requisitos: a) interconexão das empresas do grupo econômico; b) existência de garantias cruzadas entre as empresas do grupo econômico; c) confusão de patrimônio e de responsabilidade entre as empresas do grupo econômico; d) atuação conjunta das empresas integrantes do grupo econômico no mercado; e) existência de coincidência de diretores; f) existência de coincidência de composição societária; g) relação de controle e/ou dependência entre as empresas integrantes do grupo econômico; e h) existência de desvio de ativos através de empresas integrantes do grupo econômico<sup>8</sup>.

Além disso, caso estejam presentes todos estes requisitos, devem ser analisados os benefícios e prejuízos resultantes da consolidação substancial, a qual só deve ser aplicada se for fundamental para manutenção dos "benefícios econômicos e sociais que decorrem da preservação da atividade empresarial"<sup>9</sup>.

Na visão de Bulhões Pedreira e Alfredo Lamy Filho, "grupo econômico" seria o "conjunto formado por uma sociedade controladora e uma ou mais sociedades controladas", isto é, a identificação de um grupo econômico depende fundamentalmente de um controle comum<sup>10</sup>.

A jurisprudência, contudo, aponta alguns elementos que evidenciarão a existência de grupos de fato, além da relação de controle entre as sociedades. Dentre os critérios de construção pretoriana estão: (i) identidade parcial ou total entre os sócios das sociedades, (ii) a sede das sociedades ser no mesmo local, (iii) compartilhamento de funcionários, (iv) uma sociedade prestar garantia em relação a obrigação da outra sociedade, (v) as sociedades atuarem no mesmo ramo de negócio ou atuarem em diferentes etapas de um mesmo negócio, dentre outros. Embora nenhum desses elementos evidencie, isoladamente, a existência de grupos

8 CARNIO COSTA, Daniel. Recuperação de grupos de empresas. Disponível em: < <https://cutt.ly/jkEoYq3> >.

9 Ibidem.

10 LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Direito das Companhias. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v. 3. p. 690.



de sociedades, eles são indícios de que, em conjunto, podem relevar um grupo de fato<sup>11</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência no sentido de que a identificação de grupos econômicos de fato poderá ser feita a partir da análise do controle exercido, bem como de outros elementos que evidenciem a existência do grupo, já referidos anteriormente.

Veja-se:

“COMERCIAL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. ‘ARRESTO SOBRE BENS AVALIADOS EM MONTANTE SUPERIOR À EXECUÇÃO BLOQUEIO DE CONTAS. BANCARIAS. FORMAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO DE FATO. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE.

1. Agravo de instrumento de decisão (fl. 5 16/526) que determinou o bloqueio das contas bancárias em nome do agravante e o arresto dos bens imóveis listados pela Fazenda Nacional, em razão do reconhecimento de formação de grupo econômico de fato.

2. Há indícios de formação de grupo econômico de fato, que se evidencia através dos atos constitutivos das sociedades econômicas, nas quais se observam a repetição dos nomes dos sócios em várias empresas e o grau de parentesco existente entre eles, bem como o controle centralizado, configurando a hipótese prevista no § 1º, 2º e 4º do art. 243 da Lei n. 11.941/2009, que regula a vedação constitucional ao anonimato (inciso IV do art. 5º da CF).

(STJ, Resp. 1.449.772/PE, Rel. Min. Humberto Martins, Dje 29.10.14) (sem grifos no original)

Verifica-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça aponta como elemento precípua à configuração de um grupo econômico de fato a existência de um controle comum entre diferentes sociedades empresárias.

Além disso, não basta o desvio da personalidade e a confusão patrimonial para que se aplique a consolidação substancial, devendo haver também uma série de requisitos que passam desde garantias cruzadas, composição societária, e até mesmo o desvio de ativos.

A confusão patrimonial se caracteriza pela utilização de recursos de uma sociedade empresária por outra pertencente ao mesmo grupo econômico.

11 Salomão, Luís Felipe; Santos, Paulo Penalva. Recuperação Judicial, extrajudicial e Falência. Rio de Janeiro: Forense. p 458.

João Pedro Scalzilli<sup>12</sup> assim define a confusão patrimonial:

“A situação fática em que os meios de produção compõem o patrimônio da sociedade foram desviados da sua função produtiva e se acham alocados na esfera de outrem, que os utiliza em detrimento do seu titular (...) e daqueles que com ele negociam (...).

(...)

A pessoa jurídica se vale do patrimônio de um terceiro, seja porque foi inadequadamente capitalizada, ou porque lhe faltaram recursos no curso da exploração da empresa e estes foram transferidos em desrespeito às formulas legalmente admitidas.”

Tal conduta caracteriza um óbice à autonomia patrimonial das sociedades empresárias, de forma que a circulação de ativos das empresas integrantes de um mesmo grupo não respeite o patrimônio individual de cada uma delas.

Diante de tal relação econômico-financeira entre as empresas do grupo, vê-se que a atividade empresária desempenhada está intimamente interligada, de forma que o levantamento patrimonial de cada sociedade que compõe o grupo, de forma individualizada, mostra-se excessivamente oneroso e acabaria por dificultar a formulação de um plano de recuperação judicial que atendesse aos interesses de todos os credores.

A garantia cruzada, por sua vez, resta configurada quando uma sociedade empresária pertencente a um grupo econômico assume obrigações perante credores e dá como garantia os ativos de outra sociedade pertencente ao mesmo grupo.

Além disso, a relação de controle ou dependência entre sociedades de um mesmo grupo econômico é fundamental para que se possa conceder a consolidação substancial.

Ou seja, se há controle ou dependência entre as sociedades de um mesmo grupo, é evidente que os contratos firmados por estas corroboram com a atividade desempenhada conjuntamente pelo grupo.

Desta forma, deve-se verificar a relação de controle e dependência dentro do grupo, bem como da atuação conjunta da controladora e controladas, em consonância com os demais

12 SCALZILLI, João Pedro de Souza. Confusão Patrimonial no Direito Societário. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 47-48.



requisitos, para que seja admitida a execução do plano de recuperação judicial em consolidação substancial.

Não se pode olvidar que, além dos requisitos elencados para que seja admitida a consolidação substancial, a aplicação de medida tão excepcional pressupõe a manutenção dos benefícios econômicos e sociais que norteiam a recuperação judicial, com a manutenção da atividade, dos empregos, dos tributos, em prol da sua função social da empresa.

#### **4. DA NECESSIDADE DE AMPLA DIVULGAÇÃO AOS PLAYERS SOBRE O DEFERIMENTO DA CONSOLIDAÇÃO SUBSTANCIAL E DETERMINAÇÃO DE SUBMISSÃO DO PLEITO A ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES.**

Comumente, nos feitos recuperacionais os pedidos de consolidação processual e substancial são apresentados na peça inaugural, com o anseio por seu deferimento imediato, para que assim, o grupo econômico possa estruturar um plano de recuperação judicial unificado, em consonância com a possível realidade do grupo.

No entanto, pode ocorrer que a consolidação processual seja deferida no despacho de deferimento do processamento da recuperação judicial e sobre o pedido da consolidação substancial seja determinada a apreciação por votação dos credores na realização da assembleia geral de credores.

Neste cenário, o grupo econômico deverá apresentar separadamente um plano de recuperação judicial para cada empresa e o administrador judicial deverá observar a relação de credores individualizada no momento de apuração de quórum e para fins de votação.

Nesse sentido, a Prof. Dra. Scheila Nader Cerezetti, em seu artigo “A silenciosa “consolidação” da consolidação substancial: Resultados de pesquisa empírica sobre recuperação judicial de grupos empresariais, assim discorreu:

“(…) Ainda mais curioso é perceber que a maioria dos pedidos de recuperação é acompanhada de relações de credores individualizadas. Isto significa que, de início, as devedoras, na maior parte dos casos, fornecem a correta informação. Mas o tratamento individualizado, com o desenrolar do processo, perde-se devido ao recurso às práticas usualmente adotadas em processos de autora única. Relações de credores apresentadas por devedoras e

administradores judiciais.

E preciso, portanto, que administradores judiciais se atentem ao fato de que, em recuperações com litisconsórcio, devem ser elaboradas tantas relações quantas forem as autoras. O procedimento de verificação e habilitação de crédito ganha em complexidade e deve ser ajustado para refletir a peculiaridade da demanda.

(…)

A separação de informações e de organização dos credores para a tomada de decisão há que se impor. Esta dificuldade foi enfrentada na prática em um dos processos analisados. Com efeito, após se determinar que o plano deveria ser votado em assembleias gerais específicas que reunissem apenas credores da mesma devedora, foi necessário solicitar que o administrador judicial reelaborasse a relação de credores, permitindo que ficasse clara a identificação do passivo de cada recuperanda. Isto demonstra que, mesmo em casos de litisconsórcio ativo, o comportamento padrão deve ser o tratamento, individualizado por devedora, dos credores, bens e planos de recuperação. A não ser que se tenha decidido, em assembleias separadas ou por decisão judicial, que a autonomia patrimonial das autoras deve ser superada no caso concreto - isto é, que a consolidação substancial deve ser aplicada a separação de informações e de organização dos credores para a tomada de decisão há que se impor.”<sup>13</sup>

Eventualmente, pode ocorrer, ainda, o deferimento da consolidação substancial, em primeiro grau, e a decisão seja reformada pelo Tribunal, com a determinação que a matéria seja deliberada no ato assemblear.

Independentemente do momento em que ocorra o deferimento da consolidação processual e substancial, inegável que deva haver ampla publicidade para todos os players. Caso o Tribunal reforme a decisão sobre a consolidação substancial e determinar que seja votada na ordem do dia da assembleia geral de credores, previamente, deve haver a comunicação ao juízo de origem e constar no edital com conhecimento prévio de todos, sob risco do ato ser anulado e prejudicar o devido prosseguimento do feito.

Esta cautela deve ser observada, principalmente, pelo administrador judicial, para evitar a procrastinação e atos desnecessários como expedição de novo edital de convocação e

<sup>13</sup> “CEREZETTI, Sheila Christina Nader; SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. A silenciosa “consolidação” da consolidação substancial. Revista do Advogado, São Paulo, v. 36, n. 131, p. 216-223, 2016.



custos processuais.

A consolidação substancial deve ser benéfica ao grupo econômico, contudo, deve buscar meios efetivos de melhorar a negociação e condições de pagamento aos credores. Assim, com um dos princípios basilares da negociação, deve haver o ganha-ganha entre as partes: o grupo econômico se reestrutura para o seu soerguimento e os credores recebem seus créditos de forma menos gravosa possível.

## 5. DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DA MATÉRIA.

Um dos primeiros casos emblemáticos que trouxe a discussão sobre a consolidação substancial se deu no processo da recuperação judicial do Grupo UTC Participações S/A e Outros, que foi objeto do acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, no Agravo de Instrumento nº 2072604-95.2018.8.26.0000, proferido em 21/09/2018. Veja-se:

“Recuperação Judicial. Alegação, das recuperandas/agravantes, de preclusão do direito da credora/agravada de se insurgir contra a consolidação substancial. Deferimento do processamento da recuperação que só decidiu sobre a consolidação processual. Preclusão inócurrenente.

Recuperação Judicial. Recurso tirado contra decisão que acolheu pedido da credora para determinar que os credores de cada uma das devedoras, em votações separadas, deliberem sobre a consolidação substancial, com a aprovação ou não de plano unitário e comunhão de ativos e passivos. Decisão acertada. Admissão do litisconsórcio ativo que não encaminha, obrigatoriamente, à consolidação substancial. Necessidade de anuência da maioria dos credores de cada uma das devedoras, sob pena de subversão do instituto. Precedente da Câmara nesse sentido”<sup>14</sup> (sem grifos no original)

Para uma melhor análise do julgado, colaciona-se trecho do voto do Relator Desembargador Araldo Telles:

“(…) Diante da ausência de previsão na lei especial de recuperação e falência, que foi

<sup>14</sup> TJSP AI 2072604-95.2018.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Araldo Telles. J. 30/07/2020,

concebida para atender um único devedor, a consolidação processual surgiu para autorizar que várias sociedades, integrantes de um mesmo grupo, integrem o polo ativo do pleito em litisconsórcio facultativo, com a finalidade de promover a economia processual, celeridade e segurança jurídica.

De outro lado, a consolidação substancial ocorrerá quando os ativos e passivos de mais de um devedor são considerados para o pagamento de todos os credores, indistintamente.

A consolidação substancial, contudo, diferente do que sustentam as agravantes e nas palavras de Gilberto Deon Corrêa Junior, não é decorrência da existência de litisconsórcio ativo ou, melhor dizendo, de consolidação processual, conforme equivocadamente fizeram supor algumas decisões sobre o tema.

(...) a consolidação processual objetiva simplesmente evitar gastos desnecessários e a repetição de atos processuais que do contrário teriam que ser realizados em cada um dos processos de recuperação judicial. Autorizado o processamento em conjunto, basta um administrador judicial, por exemplo, e os credores comuns podem fazer apenas uma habilitação. Disso não resulta, contudo, que ativos e passivos possam ser tratados de forma conjunta. Para tanto, outras circunstâncias, para além daquelas minimamente exigidas para a formação do litisconsórcio ativo, devem estar presentes.<sup>15</sup>

(...)

Tem-se, portanto, quatro possíveis panoramas em se tratando de recuperação judicial de grupos societários: primeiro, apresentação de planos individuais de cada devedora e que serão votados pelos seus respectivos credores; segundo, plano único prevendo a independência de cada devedora e com votação também individual; terceiro, plano unitário (consolidação substancial completa) com previsão de comunhão de ativos e passivos das devedoras; quarto, planos individuais para alguns devedores, cuja maioria dos credores não concordou com a consolidação substancial, e plano unitário para os grupos em que houve concordância da maioria pela comunhão de ativos e passivos (consolidação substancial parcial do grupo).

Nessa esteira, andou bem o i. magistrado ao determinar que caberá aos credores de cada uma das recuperandas e a necessidade de tal anuência foi por mim destacada em inúmeros

<sup>15</sup> Temas de Direito da Insolvência Estudos em homenagem ao Professor Manoel Justino. Bezerra Filho/ organização de Manoel Justino Bezerra Filho, José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro e Ivo Waisber. São Paulo : Editora IASP, 2017, pg. 322.



ulgados -, em votações separadas (tal providência está garantida com a apresentação, pela Administradora Judicial, de relação segregada dos credores em 12 grupos item 46 das fls. 97/98), decidir sobre a consolidação substancial, de modo que, se aprovada por todos os credores das sociedades integrantes do Grupo UTC, deve ser votado o plano unitário apresentado, ou, acaso aprovado apenas com relação a algumas ou nenhuma delas, que se faça a necessária adequação”

Recuperação Judicial. Recurso tirado contra r. decisão que acolheu pedido das devedoras para permitir a votação de dois planos de recuperação, segregando a Concessionária SPMAR S/A das demais recuperandas e incumbindo os credores de cada uma delas, em votações separadas, da decisão sobre a consolidação substancial, com a aprovação ou não de plano unitário e comunhão de ativos e passivos. Decisão acertada. Admissão do litisconsórcio ativo que não encaminha, obrigatoriamente, à consolidação substancial. Necessidade de anuência da maioria dos credores de cada uma das devedoras, sob pena de subversão do instituto. Precedente da Câmara nesse sentido. Recurso desprovido. (sem grifos no original)

Nesta linha de entendimento, em recentes decisões, o Tribunal de Justiça de São Paulo exarou entendimento no sentido de que seria necessária a aprovação pela maioria dos credores, quanto a consolidação substancial. Veja-se:

“Recuperação Judicial. Recurso tirado contra r. decisão que acolheu pedido das devedoras para permitir a votação de dois planos de recuperação, segregando a Concessionária SPMAR S/A das demais recuperandas e incumbindo os credores de cada uma delas, em votações separadas, da decisão sobre a consolidação substancial, com a aprovação ou não de plano unitário e comunhão de ativos e passivos. Decisão acertada. Admissão do litisconsórcio ativo que não encaminha, obrigatoriamente, à consolidação substancial. Necessidade de anuência da maioria dos credores de cada uma das devedoras, sob pena de subversão do instituto. Precedente da Câmara nesse sentido. Recurso desprovido.”<sup>16</sup> (sem grifos no original)

AGRAVO DE INSTRUMENTO RECUPERAÇÃO JUDICIAL GRUPO GOMES LOURENÇO Pedido de recuperação judicial apresentado por apenas uma empresa e posteriormente aditado para a tramitação simultânea em relação a outras cinco empresas Consolidação processual que foi autorizada por esta 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial Consolidação substancial admitida em Assembleia Geral de Credores Aprovação assemblear e concessão

<sup>16</sup> TJSP 2196455-74.2018.8.26.0000, 2ª Câmara de Direito Empresarial, Des. Rel. Araldo Telles, j. 15/05/2020)

da recuperação em consolidação substancial, extinguindo se o feito em relação a uma das empresas que integrava do pedido (PST ENERGIAS RENOVÁVEIS E PARTICIPAÇÕES S/A) Aditamento do Plano que apontou de modo suficiente os meios de recuperação, corroborado por laudo econômico-financeiro Plano que foi aprovado por expressiva maioria - RECURSO DESPROVIDO.<sup>17</sup> (sem grifos no original)

Em sentido diverso, colaciona-se trecho do acórdão proferido no julgamento do Agravo de Instrumento 2140850-75.2020.8.26.0000, em 25/09/2020, pela 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Recuperação judicial. Decisão determinando a consolidação substancial de empresas do grupo econômico no polo ativo da reestruturação. Agravo de instrumento de credor. Hipótese dos autos em que a consolidação substancial, não apenas se justifica, dada a ausência de autonomia jurídica das devedoras, a demonstração de confusa o patrimonial e a existência de movimentação de recursos entre as empresas, como também se mostra obrigatória, devendo ser determinada de ofício pelo juiz “após a apuração de dados que indiquem disfunção societária na condução dos negócios das sociedades grupadas, normalmente identificada em período anterior ao pedido de recuperação judicial.” (SHEILA C. NEDERCEREZETTI). Decisão agravada mantida. Recurso desprovido.”<sup>18</sup>

Em seu voto, o Desembargador Relator Cesar Ciampolini explanou:

(...) Sem tempo para ser conciso, transcrevi os densos conceitos acima para afirmar, em suma, que é obrigatória a consolidação substancial (devendo ser determinada pelo Juiz da recuperação ex officio) em situações de disfunção societária na administração das sociedades de grupo econômico; que isto se examina consoante os princípios que fundam o sistema próprio da recuperação judicial; vale dizer: que a impositiva consolidação substancial dá-se em prol dos vetores maiores da Lei 11.101/2005, a recuperação da atividade empresarial e o direito dos credores a seus créditos, de que somente abrem mão, em parte maior ou menor, reunidos em assembleia, órgão maior deliberativo do processo recuperacional; e que assim se faz em casos em que os ativos e os passivos são vistos, antes e depois da insolvência,

<sup>17</sup> (TJSP AI 2235798-43.2019.8.26.0000, 2ª Câmara de Direito Empresarial, Des. Rel. Sérgio Shimura, j. 21/08/2020)

<sup>18</sup> TJSP AI2140850-75.2020.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Cesar Ciampolini, j. 25/09/2020.



pelos players do mercado, como pertencentes a um só ente, ente que compra, vende, fabrica, toma empréstimos, paga salários e comercia; um único ente que empreende, enfim.(...)

Isto se fará, a consolidação obrigatoriamente acontecerá no processo, seja por iniciativa dos interessados, seja, insisto, como decidiu a Câmara no AI 2050662-70.2019.8.26.0000, por determinação judicial.

Por sua vez, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro tem se posicionado sobre a necessidade de apresentação de relação de credores e votação individualizada por empresa, conforme jurisprudência abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EMPRESAS INTEGRANTES DO MESMO GRUPO ECONÔMICO. DECISÃO AGRAVADA QUE DEFERE O PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO DISTRIBUÍDA EM LITISCONSÓRCIO ATIVO SEM SE MANIFESTAR ACERCA DA PRETENSÃO DAS DEVEDORAS DE REALIZAR A CONSOLIDAÇÃO SUBSTANCIAL DO ATIVO E PASSIVO. IMPUGNAÇÃO DIRECIONADA TAMBÉM EM FACE DA HOMOLOGAÇÃO DA REMUNERAÇÃO DO ADMINISTRADOR JUDICIAL.

1. Insurge-se o Ministério Público contra decisão que deferiu o processamento da recuperação das agravadas, deixando de determinar “a apresentação de lista separada de credores, por sociedade devedora, a fim de que cada credor só exerça o seu direito de voto em relação a sua respectiva devedora”.

2. A matéria controvertida no agravo de instrumento gravita em torno (1) viabilidade da consolidação substancial na recuperação de empresas em litisconsórcio ativo; e (2) fixação da remuneração do Administrador Judicial.

3. Conquanto a legislação de regência apenas tangencie a recuperação singular, não há óbice em se pleitear a recuperação judicial em litisconsórcio ativo, sendo viável a inserção das sociedades integrantes do mesmo grupo econômico no processo judicial, no qual se pretende o soerguimento simultâneo daquelas.

4. Processamento simultâneo que não se confunde com a consolidação subjetiva da recuperação, situação a importar a estabilização de ativos e passivos das sociedades, como se possuíssem a mesma personalidade jurídica e, por consequência, os mesmos credores,

devedores, além de se partir do pressuposto de que todas cumpririam, concomitantemente, os requisitos para a concessão do referido benefício, circunstância em antinomia a própria razão da legislação de regência, cujo objeto é a proteção da empresa viável.

5. A higidez das recuperandas deve ser objeto de análise singular pelo magistrado. Vinculação do julgador à legalidade e responsabilidade por eventual derrota da empresa, colocando em risco o patrimônio garantidor dos débitos por ela assumidos, especialmente, quanto ao salário dos seus empregados. Necessária apresentação e avaliação individualizada dos documentos e requisitos previstos nos artigos 48 e 51 da Lei nº 11.101/2005.

6. No processamento do pedido de soerguimento, cada empresa deve demonstrar, dentro de sua autonomia patrimonial, a gestão e responsabilidade do seu patrimônio para o adimplemento dos débitos por ela assumidos, mormente, a higidez financeira capaz de suportar o processo de soerguimento, sob pena de se possibilitar a inclusão no processo de recuperação de empresa inviável, tomando-se por base o panorama financeiro de sociedade economicamente sadia.

7. Na dicção do enunciado nº. 98 do Conselho da Justiça Federal: “A admissão pelo juízo competente do processamento da recuperação judicial em consolidação processual (litisconsórcio ativo) não acarreta automática aceitação da consolidação substancial”. Agravo acolhido para determinar ao Administrador Judicial a apresentação separada das relações de credores, por recuperanda, na forma do art. 22, I, e, da Lei 11.101/2005, bem como para que a publicação do edital previsto no art. 7º, §2º, da Legislação de Regência observe a mesma diretriz.

(...)9. DÁ-SE PROVIMENTO AO RECURSO. <sup>19</sup> (sem grifos no original)

“Agravo de Instrumento. Direito Empresarial e Processual. Recuperação judicial de empresas estrangeiras. Consolidação Substancial. Sigilo dos dados bancários e da remuneração dos administradores das sociedades recuperandas. 1- A jurisdição brasileira, em se tratando de recuperação judicial e falência, obedece ao Princípio da Territorialidade, ou Grab Rule, pela qual se limita a atuação do juiz nacional às sociedades, brasileiras ou estrangeiras, que possuem bens e atividade econômica em território brasileiro, o que ademais se extrai do artigo 3º,

<sup>19</sup> TJRJ AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0025398-46.2020.8.19.0000VIGÉSIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL, Rel: DES. SÉRGIO SEABRA VARELLA Data de Julgamento: 10/09/2020 - Data de Publicação: 11/09/2020



2ª parte, da Lei 11.101, que ao aludir à sede da filial de empresa estrangeira, sinaliza seu tratamento como verdadeiro patrimônio separado. 2- A jurisdição para a recuperação das subsidiárias, em se tratando de grupos econômicos, e mercê da autonomia das diversas personalidades jurídicas, não é determinada pelo Centro de Principal Interesse do grupo, entendido como síntese resultante da atividade econômica das diversas sociedades, que serão recuperadas, no plano internacional, em tantos lugares quantos forem os países em que possuem seu patrimônio, sem prejuízo de que outras jurisdições, segundo seu respectivo ordenamento, atribuam a um dos processos status de principal. 3- O Centro de Principal Interesse, de todo modo, não pode ser determinado pela simples mensuração do local em que situada a mais destacada zona de atuação da empresa, sob o ponto de vista econômico, ao menos para a finalidade de determinar a jurisdição a ser utilizada. 4- Reconhecimento de jurisdição brasileira que se limita, em obediência ao Princípio da Territorialidade, às sociedades estrangeiras com patrimônio em território nacional. 5- Restringem-se as hipóteses da consolidação substancial por ordem do juiz àqueles casos de confusão patrimonial e abuso de personalidade jurídica como instituto de defesa da totalidade dos credores. Fora dessa hipótese, deve a consolidação ser aprovada pelos próprios credores, em listas separadas, sem que possa, como regra, substituir o julgamento dos credores pela opinião judicial acerca da melhor forma de tutelar seus interesses. 6- Consolidação substancial que, do que se extrai das razões e pareceres, reproduziria no Brasil o instituto americano da substantive consolidation, sem previsão expressa naquele ordenamento e deferido em juízo de equidade. Evidências, todavia, de que a substantive consolidation tem aplicação restrita às hipóteses da falência. Recuperação judicial a que corresponde figura diversa, de Joint Administration, prevista na Rule of Bankruptcy Procedure em que a possibilidade da votação pelo grupo, como conjunto, do plano (per plan), a oposição à aprovação por devedor (per debtor), não foi reconhecida claramente até o julgamento, em 25 de janeiro de 2018, pela Corte de Apelação do 9º Circuito da Justiça Federal Americana, In Re Transwest Resort Properties. 7- Os documentos exigidos com o requerimento da recuperação passam a integrar o contraditório e não podem ser sonegados às próprias partes, donde a nulidade de decisão que limita seu acesso ao juiz e ao Membro do Ministério Público. 8- Recurso parcialmente provido para excluir três das quatorze empresas estrangeiras do processo, indeferir a consolidação substancial obrigatória e assegurar o acesso das partes a todos os documentos obrigatórios listados no artigo 51 da Lei 11.101.”<sup>20</sup>

20 TJRJ AI 0070417-46.2018.8.19.0000, Décima Sexta Câmara Cível – Des Relator. Eduardo Gusmão Alves de Brito neto - Julgamento: 26/03/2019

Por fim, em que pese não haver muitos julgados que versem sobre a matéria, o Superior Tribunal de Justiça assim se posicionou:

“AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

LITISCONSÓRCIO ATIVO. POSSIBILIDADE. REQUISITOS NÃO ATENDIDOS. AUSÊNCIA DE PROVAS DA EXISTÊNCIA DE GRUPO ECONÔMICO. ÔBICES RELEVANTES À IMPLEMENTAÇÃO DA ASSEMBLÉIA CONJUNTA DE TODOS OS CREDORES. ALTERAÇÃO DO CONTEXTO FÁTICO PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A despeito de reconhecer a possibilidade de processamento da recuperação judicial em litisconsórcio ativo, a Corte de origem, analisando o acervo fático-probatório dos autos, concluiu pela existência de óbices relevantes à implementação da assembleia conjunta de todos os credores das recorrentes para a aprovação ou rejeição do plano de viabilidade econômica, bem como que os credores das sociedades viáveis economicamente não tem interesse e reconhecer a solidariedade com a dívida das que se encontram em dificuldade.

2. Concluiu, ainda, pela ausência de provas quanto à existência de grupo econômico entre as onze sociedades empresárias recorrentes, de modo que o litisconsórcio ativo, no caso dos autos, não favorece os princípios da preservação da empresa, da função social e do estímulo à atividade econômica, que norteiam a recuperação judicial.

3. A modificação de tais entendimentos lançados no v. acórdão recorrido demandaria o revolvimento de suporte fático-probatório dos autos, o que é inviável em sede de recurso especial, a teor do que dispõe a Súmula 7 deste Pretório, óbice que impede a análise do recurso também no que diz respeito à alegada divergência jurisprudencial. 4. Agravo interno a que se nega provimento.”<sup>21</sup>

Neste aspecto, verifica-se que há uma tendência dos tribunais pátrios entenderem pela necessidade de votação pelos credores de forma individualizada em assembleia geral de credores sobre a consolidação substancial, com a aprovação ou não de plano unitário e comunhão de ativos e passivos, resguardando a legitimidade do direito creditório, ante a necessidade de clareza sobre a viabilidade de cada uma das empresas do grupo econômico.

21 STJ AgInt no REsp 1524342 / PR AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL 2015/0073011-2 Relator(a) Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO) (8400 Data do Julgamento) 16/08/2018 Data da Publicação/Fonte DJe 24/08/2018 Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA



## 6. BREVE ANÁLISE DAS ALTERAÇÕES PREVISTAS NA LEI Nº 14.112/2020.

O Projeto de Lei nº 10.220/2018 aprovado pela Câmara dos Deputados em 26/08/2020, que recebeu o nº 4.558/2020 no Senado Federal, e, uma vez sancionado pelo Presidente da República, foi alterado para Lei nº 14.112/2020, que passou a vigorar a partir de 23/01/2021, e trouxe significativas mudanças quanto à possibilidade de consolidação processual e substancial, conforme previstos na Seção IV-B, artigo 69, abaixo colacionadas:

“Seção IV-B  
Da Consolidação Processual e da Consolidação Substancial’

‘Art. 69-G. Os devedores que atendam aos requisitos previstos nesta Lei e que integrem grupo sob controle societário comum poderão requerer recuperação judicial sob consolidação processual.

§ 1º Cada devedor apresentará individualmente a documentação exigida no art. 51 desta Lei.

§ 2º O juízo do local do principal estabelecimento entre os dos devedores é competente para deferir a recuperação judicial sob consolidação processual, em observância ao disposto no art. 3º desta Lei.

§ 3º Exceto quando disciplinado de forma diversa, as demais disposições desta Lei aplicam-se aos casos de que trata esta Seção.

Neste contexto, cada empresa deverá apresentar a documentação prevista no artigo 51, completa e de forma individualizada. Além disso, deverá ser analisado qual é o principal estabelecimento do grupo para ser reconhecido o foro competente.

‘Art. 69-H. Na hipótese de a documentação de cada devedor ser considerada adequada, apenas um administrador judicial será nomeado, observado o disposto na Seção III do Capítulo II desta Lei.’

Verifica-se que o papel do administrador judicial é fundamental no processo de recuperação judicial para o bom deslinde do feito, especialmente em situações de grupos econômicos, ao passo que manter a fiscalização centralizada em um único profissional evita custos adicionais e otimiza a prestação de informações no feito.

‘Art. 69-I. A consolidação processual, prevista no art. 69-G desta Lei, acarreta a coordenação

de atos processuais e garante a independência dos devedores, dos seus ativos e dos seus passivos.

§ 1º Os devedores proporão meios de recuperação independentes e específicos para a composição de seus passivos, admitida a sua apresentação em plano único.

§ 2º Os credores de cada devedor deliberarão em assembleias gerais de credores independentes.

§ 3º Os quóruns de instalação e de deliberação das assembleias gerais de que trata o § 2º deste artigo serão verificados, exclusivamente, em referência aos credores de cada devedor, e serão elaboradas atas para cada um dos devedores.

§ 4º A consolidação processual não impede que alguns devedores obtenham a concessão da recuperação judicial e outros tenham a falência decretada.

§ 5º Na hipótese prevista no § 4º deste artigo, o processo será desmembrado em tantos processos quantos forem necessários.’

Nota-se que o legislador entendeu que na consolidação processual cada empresa deverá apresentar sua relação de credores, laudo de viabilidade, de forma de soerguimento individualizado. Desta forma, o credor de cada empresa conseguirá ter acesso às informações com clareza e transparência, para poder exercer seu direito de voto.

Art. 69-J. O juiz poderá, de forma excepcional, independentemente da realização de assembleia geral, autorizar a consolidação substancial de ativos e passivos dos devedores integrantes do mesmo grupo econômico que estejam em recuperação judicial sob consolidação processual, apenas quando constatar a interconexão e a confusão entre ativos ou passivos dos devedores, de modo que não seja possível identificar a sua titularidade sem excessivo dispêndio de tempo ou de recursos, cumulativamente com a ocorrência de, no mínimo, 2 (duas) das seguintes hipóteses:

- I - existência de garantias cruzadas;
- II - relação de controle ou de dependência;
- III - identidade total ou parcial do quadro societário; e
- IV - atuação conjunta no mercado entre os postulantes.’

Verifica-se a possibilidade da consolidação substancial, desde que haja confusão patrimonial e negocial entre as empresas, com seus ativos e passivos interligados, a ser considerada de



forma excepcional pelo juízo, com a devida ponderação e discernimento, para assim evitar qualquer fraude ou prejuízos aos credores.

Art. 69-K. Em decorrência da consolidação substancial, ativos e passivos de devedores serão tratados como se pertencessem a um único devedor.

§ 1º A consolidação substancial acarretará a extinção imediata de garantias fidejussórias e de créditos detidos por um devedor em face de outro.

§ 2º A consolidação substancial não impactará a garantia real de nenhum credor, exceto mediante aprovação expressa do titular.’

‘Art. 69-L. Admitida a consolidação substancial, os devedores apresentarão plano unitário, que discriminará os meios de recuperação a serem empregados e será submetido a uma assembleia geral de credores para a qual serão convocados os credores dos devedores.

§ 1º As regras sobre deliberação e homologação previstas nesta Lei serão aplicadas à assembleia geral de credores a que se refere o caput deste artigo.

§ 2º A rejeição do plano unitário de que trata o caput deste artigo implicará a convolação da recuperação judicial em falência dos devedores sob consolidação substancial.”

Nas alíneas acima, o legislador buscou orientar as condições de deferimento da consolidação substancial, permitido a unificação de ativos e passivos das empresas, com a apresentação de um único plano a ser levado à votação, o qual, caso não aprovado pelos credores, irá ensejar a convolação em falência do grupo econômico.

Verifica-se que a nova Lei 14.112 buscou estabelecer o que na prática vem sendo consolidado pela jurisprudência quanto à possibilidade de deferimento da consolidação processual e, excepcionalmente, da consolidação substancial.

## **7. CONSIDERAÇÕES FINAIS.**

Para lidar com a insolvência empresarial, a prática levou diversas empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico a buscarem alternativas para superação do estado de crise por meio de ações de recuperações judiciais, com aglomerados de empresas no polo ativo.

Não havia momento previsão expressa acerca da consolidação processual e substancial na lei anterior. Neste passo, a fim de moldar às necessidades das partes à prática jurídica, a jurisprudência caminhou no sentido de buscar um entendimento para nortear tais situações.

Restou verificado que a consolidação processual e consolidação substancial são conceitos totalmente distintos que não devem ser confundidos e muito menos unificados, sem as devidas considerações.

Pois, a possibilidade de ser deferido o litisconsórcio ativo não afasta a autonomia patrimonial de cada empresa devedora, que deve permanecer com suas obrigações perante os credores.

É certo que a consolidação processual, na maioria das vezes, é extremamente relevante para o êxito na superação da crise pelo grupo econômico que buscar por essa ferramenta.

Já a consolidação substancial, excepcionalmente, pode ser deferida ou aprovada em assembleia geral de credores, nos casos em que se verifique a confusão patrimonial, relação de controle ou dependência entre as empresas integrantes do mesmo grupo econômico, existência de garantias cruzadas, dentre outras hipóteses abordadas no presente artigo.

Possuir diretrizes claras possibilita um maior fair play entre os stakeholders no processo recuperacional. Por isso, o contingenciamento de riscos e êxitos do processo recuperacional deve ser claro, para uma deliberação que realmente satisfaça os interesses da maioria.

Desta forma, cabe às partes envolvidas analisar de forma pormenorizada cada processo de recuperação judicial com suas peculiaridades, para o êxito da reestruturação almejada.

Com a promulgação da Lei 14.112/2020 foram enfim preceituados os requisitos para nortear o processo de recuperação judicial dos grupos econômicos, no intuito de atender os princípios insculpidos na lei recuperacional.



## **BIBLIOGRAFIA**

1. BASTOS, Joel Luis Thomaz. In: Luis Vasco Elias (Coord.) et al. 10 anos da lei de recuperação de empresas e falências: reflexões sobre a reestrutura empresarial no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 2012-2013. Apud: SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência: teoria e prática. – 4. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 459-460
2. CARNIO COSTA, Daniel. Recuperação de grupos de empresas. Disponível em: <http://www.valor.com.br/legislacao/4901160/recuperacao-de-grupos-de-empresas>.
3. CEREZETTI, Sheila Christina Neder; SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. A silenciosa “consolidação” da consolidação substancial. Revista do Advogado, São Paulo, v. 36, n. 131, p. 216-223, 2016.
4. COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, RT, 11ª Edição, 2016, p. 176
5. LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Direito das Companhias. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v. 3. p. 690.
6. SALOMÃO, Luís Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. Recuperação Judicial, extrajudicial e Falência. Rio de Janeiro: Forense. p 458.
7. SCALZILLI, João Pedro de Souza. Confusão Patrimonial no Direito Societário. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 47-48.



# **A SUJEIÇÃO DOS CRÉDITOS ORIUNDOS DE ADIANTAMENTO SOBRE CONTRATO DE CÂMBIO (“ACC”) AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM CASO DE DESCARACTERIZAÇÃO DE TAL CONTRATO.**

## **THE QUALIFICATION OF CLAIMS ARISING FROM ADVANCE ON FOREIGN-EXCHANGE CONTRACTS FOR JUDICIAL REORGANIZATION IN THE EVENT OF MISCHARACTERIZATION OF SUCH AGREEMENT.**

**Ivo Waisberg\***  
**Luiza Serodio Giannotti\*\***  
**Sara Tainá Soliani\*\*\***

### **Resumo**

O presente artigo tem como escopo demonstrar, à luz da natureza restritiva da norma e dos cânones basilares da interpretação jurídica, que a exceção prevista no art. 49, §4º, da Lei nº 11.101/2005 – relativa à não sujeição dos créditos advindos de adiantamentos de contrato de câmbio (“ACCs”) à recuperação judicial – deve abranger apenas ACCs efetivos, ou seja, que, dentre outros requisitos, estão atrelados à exportação comprovada. Para tanto, serão definidas as hipóteses em que os ACCs restam descaracterizados e em que, conseqüentemente, não se aplica dispositivo legal ora mencionado.

### **Palavras-chave**

Adiantamento sobre contrato de câmbio. Descaracterização do contrato. Sujeição à

\* Livre Docente em Direito Comercial, Doutor em Direito das Relações Econômicas Internacionais e Mestre em Direito Comercial pela PUC/SP. LLM em Direito da Regulação pela New York University School of Law. Professor de Direito Comercial da PUC/SP, na graduação e pós-graduação. Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Advogado.

\*\* Graduada em Direito pela PUC/SP. Advogada.

\*\*\* Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogada.

recuperação judicial.

### **Summary**

The scope of this article is to demonstrate, in light of the restrictive nature of the rule and of the basic canons of legal interpretation, that the exception provided for in article 49, paragraph 4, of Law no. 11101/2005 - concerning the non-qualification of credits arising from advance on foreign-exchange contracts for judicial reorganization - shall cover only effective advance on foreign-exchange contracts, i.e., that, among other requirements, are related to proven export. For this purpose, it shall be defined the hypotheses in which the mentioned type of agreement remains mischaracterized and in which, consequently, the legal provision mentioned herein does not apply.

### **Keywords**

Advance on foreign-exchange contract. Agreement's mischaracterization. Qualification for judicial reorganization.

### **Sumário**

#### Introdução

1. Interpretação restritiva da regra de não sujeição do ACC aos efeitos da recuperação judicial.
2. Conceito e características do ACC.
3. Descaracterização do ACC e conseqüente sujeição dos créditos aos efeitos da recuperação judicial.
4. Conclusão.

#### Bibliografia

## **INTRODUÇÃO**

Não é novidade que existe uma discussão judicial recorrente sobre a sujeição ou não dos contratos de adiantamento de contrato de câmbio (“ACCs”) aos efeitos da recuperação judicial. Esta discussão aborda a própria constitucionalidade do §4º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005.

Este artigo não aborda tal questão em si. O texto procura mostrar que, ainda no cenário em que se considere legal a não sujeição, esta somente se aplicará aos casos de ACCs efetivos, com exportação comprovada, entre outros requisitos.

Com efeito, dada a natureza restritiva da norma e os cânones basilares da interpretação jurídica, mostraremos que, em algumas situações, o ACC resta descaracterizado ou não caracterizado. Nesses casos, a norma perde seu fim e a interpretação se dá em prol da regra geral de sujeição constante do caput do art. 49 da Lei nº 11.101/2005.

Discorreremos abaixo sobre quais elementos demonstram a descaracterização da operação de adiantamento de contrato de cambio e trazem como consequência a não aplicação da exceção prevista na lei.

## 1. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DA REGRA DE NÃO SUJEIÇÃO DO ACC AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

Com o objetivo de alcançar todos os casos de uma mesma espécie, as leis são elaboradas em termos gerais e abstratos, sendo tarefa do aplicador do direito empregar o texto abstrato a cada caso concreto<sup>1</sup>. Para que o jurista realize tal tarefa, é necessário que este, valendo-se da interpretação e da hermenêutica jurídica, busque, inicialmente, o real sentido da norma jurídica, para, então, determinar a sua extensão e abrangência<sup>2</sup>.

A interpretação da norma jurídica é comumente classificada em espécies distintas, com base em critérios como sua origem, os métodos de que se utiliza e os efeitos que produz.

Sob a ótica dos efeitos produzidos, verificam-se três categorias de interpretação: declarativa, extensiva e restritiva. De acordo com Montoro, a interpretação é declarativa quando está limitada ao pensamento expresso na lei, sem estendê-lo ou restringi-lo. Por outro lado, a interpretação é extensiva quando o intérprete conclui que o alcance da norma jurídica é mais amplo do que apontam os seus termos. Por fim, a interpretação é restritiva quando o intérprete precisa restringir o sentido da lei, a fim de conferir-lhe uma aplicação razoável e justa<sup>3</sup>.

Nesse contexto, em consonância com a jurisprudência pacífica sobre o tema<sup>4</sup>, a doutrina

1 MONTORO, André Franco. Introdução à ciência do direito. 20. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991. p. 369.

2 Idem.

3 MONTORO, op. cit., p. 374.

4 A título exemplificativo, destaca-se julgado do Superior Tribunal de Justiça: “PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ADESÃO AO PARCELAMENTO ESPECIAL - PAES. INCLUSÃO PELO FISCO

manifesta o entendimento de que, quando se está diante de uma lei excepcional ou de uma lei restritiva de direitos, tal norma deve ser interpretada restritivamente. Conforme leciona Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

*“(...) recomenda-se que toda norma que restrinja os direitos e garantias fundamentais reconhecidos e estabelecidos constitucionalmente deva ser interpretada restritivamente. O mesmo se diga para as normas excepcionais: uma exceção deve sofrer interpretação restritiva. No primeiro caso, o telos protegido é postulado como tal importância para a ordem jurídica em sua totalidade que, se limitado por lei, esta deve conter, em seu espírito (mens legis), antes o objetivo de assegurar o bem-estar geral sem nunca ferir o direito fundamental que a constituição agasalha. No segundo, argumenta-se que uma exceção é, por si só, uma restrição que só deve valer para os casos excepcionais. Ir além é contrariar a sua natureza.”<sup>5</sup>*

DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO EXIGÍVEL. POSSIBILIDADE. [...] A exceção consiste nos débitos com exigibilidade suspensa nos termos do art. 151, III, IV e V, do CTN (art. 4º, II, da Lei 10.684/2003) e encontra justificativa no fato de que, nessas hipóteses, a situação fiscal do contribuinte não pode ser considerada irregular. Em casos como este, os débitos somente seriam incluídos no Paes após a desistência do processo judicial ou administrativo, com renúncia do direito sobre o qual se fundam. Como norma de exceção, a hermenêutica jurídica recomenda a interpretação restritiva do referido dispositivo. 6. Em conclusão: a exceção à regra de que todos os débitos são automaticamente inseridos no programa específico de parcelamento deve ser interpretada restritivamente, de modo que, ausentes as hipóteses do art. 151, III, IV e V, do CTN, não se mostrou ilegal a inclusão do específico crédito tributário no PAES. 7. Recurso Especial não provido.” (STJ, Resp nº 1385800/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 21/11/2013. Grifos nossos). Em igual sentido: STJ, Resp nº 1261902/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 16/08/2012; STJ, Resp nº 1212976/RS, Rel. Min. Castro Meira, j. 09/11/2010; STJ, HC nº 374713/RS, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 06/06/2017; e STJ, Resp nº 1517010/SP, Rel. Mauro Campbell Marques, j. 16/10/2018. Cumpre transcrever, também, julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EXECUÇÃO DA COISA JULGADA. INAPLICABILIDADE DA REGRA DO ARTIGO 535, III, §5º, DO CPC, PORQUE AUSENTE DECISÃO DO STF. EXCEÇÃO QUE MERECE INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. Decisão que, a par da declaração de inconstitucionalidade do prêmio-incentivo instituído pelas Leis Complementares Municipais nos 406/94, 408/94 e 1.439/03 e respectivos Decretos, pelo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, na Adin nº 2095312-76.2017.8.26.0000, aos 13 de setembro de 2017, determinou o regular prosseguimento da execução do título judicial. Admissibilidade, uma vez que a regra do artigo 535, III, §5º, do CPC, que torna inexigível o título judicial transitado em julgado, somente se aplica aos casos em que a inconstitucionalidade for expressamente declarada pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Todo comando excepcional deve receber interpretação restritiva, como determina a hermenêutica jurídica. Precedentes deste TJSP. Decisão mantida. Recurso não provido. [...] Cumpre registrar que, em se tratando de exceção à regra geral legalmente prevista, sua melhor interpretação deve ser a restritiva, como determina a hermenêutica jurídica.” (TJSP, Agravo de Instrumento nº 2242916-07.2018.8.26.0000, Rel. Des. Djalma Lofrano Filho, j. 13/03/2019. Grifos nossos). Também é este o entendimento do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJMS, Agravo de Instrumento nº 4012396-77.2013.8.12.0000, Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson, j. 09/01/2014) e Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS, Agravo de Instrumento nº 70006504823, Rel. Des. Irineu Mariani, j. 03/09/2003).

5 FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1991. p. 269. Neste mesmo sentido, ensinam Eros Grau e Paula Forgioni: “É princípio básico de interpretação/aplicação do direito que toda exceção deve ser interpretada/aplicada de forma estreita. Essa regra, longe

Sendo assim, é inequívoco que “uma regra de exceção há sempre, entre duas posições, de comportar a interpretação restrita ou estrita”<sup>6</sup>. E é exatamente este o caso da interpretação das exceções previstas no art. 49, §§ 3º<sup>7</sup> e 4º<sup>8</sup>, da Lei nº 11.101/2005, que preveem a não sujeição de créditos aos efeitos da recuperação judicial. Senão vejamos.

Como regra geral, o caput do supracitado dispositivo estabeleceu que estarão sujeitos à recuperação judicial da empresa devedora todos os créditos existentes na data do pedido, vencidos ou vincendos. No entanto, em caráter notadamente excepcional, foram delimitados, nos mencionados §§ 3º e 4º, os casos específicos de não sujeição de determinados créditos à recuperação judicial.

É certo, portanto, que o art. 49, §4º, da Lei nº 11.101/2005, que prevê a extraconcursalidade de créditos oriundos de ACC, foge à regra geral de sujeição ao procedimento recuperacional, motivo pelo qual deve ser interpretado de forma restritiva, conforme fundamentos anteriormente expostos. É este, inclusive, o entendimento adotado pela jurisprudência pátria<sup>9</sup>.

---

de consubstanciar dogma estéril, informa decisivamente o funcionamento do sistema jurídico na medida em que represa os efeitos da exceção, de modo que ela incida unicamente nos casos em que é realmente necessário o afastamento da regra geral”. (GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula Andrea. O Estado, a Empresa e o Contrato. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 294).

6 ALVIM NETTO, José Manuel de Arruda et. al. Promoção do juiz depois de terminada a instrução e antes da prolação da sentença. In: Revista de Processo, v. 4, p. 219-226, out./dez. 1976.

7 Que dispõe sobre os credores titulares da posição de proprietários fiduciários de bens móveis ou imóveis, de arrendadores mercantis, de proprietários ou promitentes vendedores de imóveis cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, e de proprietários em contrato de venda com reserva de domínio.

8 Que dispõe sobre os créditos oriundos de ACC.

9 Conforme julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Impugnação de crédito. Contratos de desconto de títulos. Créditos que não são extraconcursais. Hipótese que não está enquadrada em nenhuma das exceções legais do art. 49, §§ 3º e 4º, da Lei nº 11.101/05. Interpretação restritiva do referido artigo. Créditos derivados dos contratos de desconto de títulos que se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial. Precedentes deste E. Tribunal. Decisão agravada mantida. Recurso não provido. [...] Dispõe o art. 49, caput, da LRF, que ‘estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos’ As exceções legais a esta regra estão previstas nos §§ 3º e 4º do referido artigo e devem ser interpretadas restritivamente (...)” (TJSP, Agravo de Instrumento nº 2018755-87.2013.8.26.0000, Rel. Des. Tasso Duarte de Melo, j. 17/02/2014. Grifos nossos). E ainda, julgado do Tribunal de Justiça de Pernambuco: “DECISÃO TERMINATIVA EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPROCEDÊNCIA MANIFESTA. CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DIREITOS CREDITÓRIOS. SUBMISSÃO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ESPÉCIE DISTINTA DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. RECURSO PROVIDO. Por se tratar de uma exceção à regra geral de que todos os créditos existentes na data do pedido estão sujeitos aos efeitos da recuperação judicial, a interpretação dada a espécie também tem que ser feita de forma restritiva, não cabendo qualquer extensão, sob pena de contrariar a finalidade primordial da Lei nº 11.101/2005, que é a da preservação da empresa em processo de recuperação.

Portanto, não há dúvidas de que a regra de não sujeição de créditos oriundos de ACC à recuperação judicial, justamente por ser excepcional, deve ser interpretada restritivamente. Ora, em caso de notória excepcionalidade da norma, não se deve, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial mencionado, alargar a abrangência dos termos e características do ACC, a fim de caracterizá-lo como extraconcursal.

Como ficará claro a seguir, o ACC é um instrumento especialmente característico por suas formalidades. Desse modo, o benefício da não sujeição deve ser aplicado restritivamente aos créditos provenientes de ACC efetivos, isto é, que foram celebrados e executados de acordo com as características e formalidades inerentes a este tipo de contrato, as quais serão demonstradas abaixo.

Vale destacar que a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que os encargos atribuídos ao ACC são sujeitos à recuperação judicial<sup>10</sup>, de certa forma endossa esta diretriz interpretativa, mostrando que a exceção da lei só se aplica ao efetivo adiantamento como fim da exportação, não abrangendo os consectários. Isto é uma interpretação restritiva da regra excepcional - bastante correta, por sinal.

---

Desse modo, a exceção prevista no parágrafo 3º do Art. 49 da referida Lei, limita-se ao instituto da alienação fiduciária, não alcançando os créditos decorrentes de cessão fiduciária, espécie distinta daquela, uma vez que nesta última o credor figura apenas como cessionário do crédito, não havendo a transferência da propriedade.” (TJPE, Agravo de Instrumento nº 290935-9/010024296-24.2012.8.17.0000, Rel. Des. Alberto Nogueira Virgínio, j. 18/01/2013. Grifo nosso).

10 Nesse sentido: “RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. IMPUGNAÇÃO DE CRÉDITO. (...) ADIANTAMENTO DE CONTRATOS DE CÂMBIO (ACCs). ENCARGOS. SUJEIÇÃO AO PROCESSO DE SOERGIMENTO. AUSÊNCIA DE REGRA ESPECÍFICA. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. (...) 3. Muito embora os arts. 49, § 4º, e 86, II, da Lei 11.101/05 estabeleçam a extraconcursalidade dos créditos referentes a adiantamento de contratos de câmbio, há de se notar que tais normas não dispõem, especificamente, quanto à destinação que deva ser conferida aos encargos incidentes sobre o montante adiantado ao exportador pela instituição financeira. 4. Inexistindo regra expressa a tratar da questão, a hermenêutica aconselha ao julgador que resolva a controvérsia de modo a garantir efetividade aos valores que o legislador privilegiou ao editar o diploma normativo. 5. Como é cediço, o objetivo primordial da recuperação judicial, estampado no art. 47 da Lei 11.101/05, é 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. 6. A sujeição dos valores impugnados aos efeitos do procedimento recuperacional é a medida que mais se coaduna à finalidade retro mencionada, pois permite que a empresa e seus credores, ao negociar as condições de pagamento, alcancem a melhor saída para a crise enfrentada. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E NÃO PROVIDO.” (STJ, REsp nº 1810447/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 05/11/2019).

## 2. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO ACC.

O ACC, nos termos do art. 65 do Circular nº 3.691/2013<sup>11</sup> do Banco Central (“BACEN”), “constitui antecipação parcial ou total por conta do preço em moeda nacional da moeda estrangeira comprada para entrega futura, podendo ser concedido a qualquer tempo, a critério das partes”.

Em complemento, o inciso I do art. 68 da mesma norma dispõe que “os pagamentos devem ser realizados com base nos recursos recebidos e oriundos dos contratos de câmbio de exportação, objeto dos adiantamentos concedidos, observada a proporcionalidade em relação ao total dos créditos tomado”, vinculando a concessão e o próprio pagamento à entrega de serviços ou produtos exportados pelo agente econômico nacional, isto é, vinculando tal estrutura contratual à efetiva performance exportadora.

Em outras palavras, o ACC configura a mais tradicional operação de financiamento ao exportador no mercado de câmbio<sup>12</sup>, na qual as instituições financeiras que operam com moeda estrangeira concedem aos exportadores adiantamento atrelado ao contrato de câmbio, possibilitando que estes obtenham recursos antecipadamente para a produção e comercialização da mercadoria e viabilização da operação de exportação<sup>13</sup>.

Na prática, conforme explica Angelina Mariz de Oliveira, a referida operação funciona da seguinte forma:

“Nos casos de adiantamento de contrato de câmbio, o que ocorre é que a obrigação da instituição financeira de pagar reais pela ‘moeda’ estrangeira adquirida é adimplida antes do cumprimento da obrigação do exportador, ou seja: o pagamento é feito antecipadamente. Com isso, a instituição financeira mantém-se credora do exportador pelo recebimento da ‘moeda’ estrangeira e, em caso de inadimplemento, torna-se credora pela restituição da quantia em reais que entregou antes da data acordada para a liquidação do contrato de câmbio.”<sup>14</sup>

11 Que foi recentemente alterada pela Circular Bacen nº 4.002/2020.

12 HARTUNG, Douglas S. Negócios internacionais. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2004. p. 154. Nas palavras do autor, o ACC “[é] uma modalidade de financiamento do processo produtivo do exportador, com recursos relativamente baratos, com a finalidade principal de incentivar a exportação e torná-la mais competitiva, uma vez que os juros do financiamento são os praticados pelo mercado internacional, com um pequeno acréscimo.”

13 BERTOLDI, Marcelo M. Aspectos atuais do contrato de câmbio. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, v. 115, p. 88-103, jul./set. 1999. p. 100.

14 OLIVEIRA, Angelina Mariz de. Adiantamentos de Contratos de Câmbio (ACC) e tributação. Revista Dialética

Outrossim, nos termos do art. 99-A da Circular nº 3.691/2013, a liquidação do contrato de câmbio – isto é, o pagamento, pelo importador, da mercadoria no exterior – deve ocorrer no prazo máximo de 1.500 dias. Dessa forma, pode-se afirmar que o ACC nada mais é do que um contrato de compra e venda a termo certo, conforme leciona Comparato:

“A opinião mais acatada e difundida entre os doutrinadores, desde a Idade Média, é a de que o contrato de câmbio se assemelha à compra e venda. Ele seria, segundo clássica definição, uma venditio pecuniae presentis pro pecunia absentis. No câmbio, a moeda transforma-se de instrumento de pagamento em mercadoria, isto é, um bem econômico sujeito ao mercado e submetido à lei da oferta e da procura.”<sup>15</sup>

Assim, em suas palavras, o adiantamento do câmbio corresponde a “uma aquisição a crédito de moeda estrangeira: o banco paga o preço antes de receber a coisa comprada”<sup>16</sup>.

Importante destacar que o Conselho Monetário Nacional estabeleceu a possibilidade de concessão do ACC visando, sobretudo, financiar a atividade econômica do empreendedor nacional, de modo a facilitar e incentivar a exportação de produtos e serviços no Brasil<sup>17</sup>. Nesse sentido, o ACC mostra-se uma alternativa bastante vantajosa aos exportadores, uma vez que seus respectivos custos costumam ser mais baixos em relação aos custos relativos às operações de tomadas de recursos, dado que, no ACC, o banco operante em câmbio capta recursos via bancos correspondentes no exterior a juros internacionais – que são inferiores aos internos – para lastrear a operação<sup>18</sup>.

de Direito Tributário, São Paulo, v. 134, nov. 2006. p. 7.

15 COMPARATO, Fábio Konder. Contrato de câmbio. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 575, set. 1983. p. 55.

16 COMPARATO, op. cit., p. 56. Na mesma linha, defende Eduardo Salomão Neto: “o banco vendedor de câmbio pode adiantar ao exportador parte do preço a ser pago pela moeda estrangeira, antes do pagamento do valor da exportação pelo importador no exterior. Nesse caso, configura-se o adiantamento sobre contrato de câmbio, designado de ‘ACC’, na linguagem do mercado financeiro. O adiantamento sobre o contrato de câmbio deriva sua natureza do próprio contrato de câmbio. Assim, constitui pagamento antecipado do valor do bem móvel adquirido (a moeda estrangeira) (...)” (SALOMÃO NETO, Eduardo. Direito bancário. São Paulo: Atlas, 2005. p. 320). Em igual sentido, é a lição de Angelina Mariz de Oliveira: “[o]s contratos de câmbio têm inegavelmente a natureza jurídica de compra e venda, e os adiantamentos das quantias neles consignadas são formas jurídicas de adimplemento da obrigação de uma das partes. (...) o adiantamento sobre contratos de câmbio é forma de adimplemento da obrigação, e não uma espécie de contrato derivado ou conexo.” (OLIVEIRA, op. cit., p. 11).

17 GARCIA JUNIOR, Armando Alvares. Adiantamento sobre o Contrato de Câmbio de Exportação. In: GARCIA JUNIOR, Armando Alvares. Contratos indexados no direito brasileiro e variação cambial. São Paulo: Aduaneiras, 2000. p. 231.

18 RADICCHI, Caio. Mercado de câmbio e operações de trade finance. São Paulo: Atlas, 2009. p. 75.

Inclusive, foi com o objetivo de incentivar a exportação nacional que o art. 49, §4º da Lei nº 11.101/2005 (objeto do presente estudo) determinou a não sujeição dos créditos oriundos de ACC aos efeitos da recuperação judicial do exportador. Com o mesmo objetivo de fomentar a atividade exportadora, o art. 8º, inciso XVII do Decreto nº 6.306/2007 determina que a incidência do IOF deve ser reduzida a zero nas operações de ACC, ao passo que o art. 86, inciso II da Lei nº 11.101/2005 dispõe que a instituição financeira que concedeu o ACC terá o direito de requerer a restituição “da importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional” em caso de falência do exportador.

Sendo assim, tem-se que o ACC apresenta como objetivo primordial o fomento da exportação de produtos e serviços brasileiros, motivo pelo qual o referido adiantamento deve ser concedido pelos bancos e utilizado pelos exportadores com o fim precípuo de apoiar financeiramente a exportação<sup>19</sup>.

Tanto é verdade que, nas palavras de Verçosa, o BACEN “obrigou os bancos a somente concederem o adiantamento a clientes que sejam exportadores efetivos, caracterizando como infringência às normas de boa técnica bancária sua concessão abusiva”<sup>20</sup>. Nessa linha, José Augusto Castro ensina que os valores adiantados pela instituição financeira devem ser destinados exclusivamente a eventos relacionados à exportação<sup>21</sup>.

Também defende o autor que “se o cliente requereu o adiantamento em virtude de exportação realizada ou a realizar, deverá dirigir as importâncias que recebeu do banco para o atendimento dessa finalidade”<sup>22</sup>. Para tanto, é fundamental que a instituição financeira, antes de conceder o ACC, exija que o exportador apresente documentos relativos à exportação e tenha zelo pelo atendimento às formalidades do contrato.

19 Conforme ensina Garcia Junior: “[n]a realidade, o adiantamento sobre contrato de câmbio constitui antecipação parcial ou total por conta do preço em moeda nacional da moeda estrangeira comprada a termo (conforme melhor compreenderemos no decorrer do presente texto), devendo ter a sua concessão pelos bancos e utilização pelos exportadores dirigida para o fim precípuo de apoio financeiro à exportação. Celebrado o contrato de câmbio, o adiantamento pode ser concedido a qualquer tempo, a critério das partes.” (GARCIA JÚNIOR, op. cit., p. 231).

20 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. A restituição falimentar do adiantamento sobre contrato de câmbio. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 36, p. 27-34, out./dez. 1979.

21 CASTRO, José Augusto. Exportação: aspectos práticos e operacionais. 6. ed. São Paulo: LEX Editora, 2005. p. 342.

22 Idem.

Nesse sentido, Angelina Mariz de Oliveira ensina que tais operações de câmbio devem estar sujeitas à comprovação documental<sup>23</sup>. Considerando que a apresentação dos documentos e das cambiais referentes à exportação é requisito normativo para celebração do ACC, a autora destaca que “[n]as vendas de mercadorias para o exterior, os contratos de câmbio devem sempre estar atrelados aos contratos principais de exportação de mercadorias e às respectivas cambiais”<sup>24</sup>.

Cumprido destacar, ainda, que não se pode confundir o ACC com mera operação de mútuo<sup>25</sup>. Isso porque, no mercado de crédito bancário, as operações de financiamento possuem orientação ou vinculação específica sobre a disponibilidade dos recursos concedidos pela instituição financeira. Em contrapartida, as operações de empréstimo ou mútuo não detêm vinculação específica que condicione a concessão dos recursos financeiros pela instituição financeira em favor do tomador.

Nesse contexto, resta claro que o ACC é um exemplo de operação de financiamento, tal qual é o financiamento para a aquisição de bens móveis ou imóveis, na medida em que constituem contratações por meio das quais a concessão do crédito está condicionada ou vinculada a determinado fim específico. No caso do ACC, como exposto, a concessão do crédito é vinculada à atividade exportadora.

Por outro lado, o mútuo bancário (mútuo feneratício ou mútuo frugífero), constitui operação de empréstimo, considerando que os recursos são concedidos sem a necessidade de se vincular ou condicionar a concessão a outra operação, como a exportação de produtos ou a

23 OLIVEIRA, op. cit., p. 8.

24 Idem.

25 Conforme já defendido por um dos autores em outro estudo, “a natureza jurídica do ACC não possui paralelo com a das operações de mútuo.” (WAISBERG, Ivo; GORNATI, Gilberto. Direito Bancário: contratos e operações bancárias. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 106). Há, porém, entendimento minoritário em sentido contrário, a partir do qual defende-se que: “as características do negócio em causa [ACC] são inconfundivelmente as de mútuo, no caso qualificado como mercantil (arts. 1.265 do CC e 247 do CCom.). O adiantamento funciona na prática como se fosse um ‘desconto’ do contrato de câmbio junto à instituição bancária concedente. Se a exportação já foi feita, o exportador receberá uma parte do valor da venda; se ainda não foi feita, contará com valores a serem utilizados na fabricação ou compra da mercadoria a ser vendida ao exterior. Mas sempre fica demonstrado que usa as importâncias recebidas como proprietário. delas, sendo pessoal a obrigação de seu pagamento ao banco, quando da liquidação do contrato.

[...]

Assim sendo, concluímos nesta parte que o adiantamento sobre contrato de câmbio é uma modalidade de mútuo mercantil ou, por outras palavras, operação de crédito praticada por banco comercial com cliente exportador” (VERÇOSA, op. cit., p. 27-34).

aquisição de bens.

Sendo assim, tem-se que o ACC é um instrumento que deriva do contrato de câmbio – correspondendo, dessa forma, a um contrato de compra e venda a termo final e certo – e cuja finalidade e vinculação estão conectadas ao incentivo à exportação. Por esse motivo, os valores adiantados devem ser destinados exclusivamente às atividades relativas à exportação, tendo o banco o dever de minimamente se certificar, antes da celebração da avença, de que os valores serão destinados a tal fim.

### **3. DESCARACTERIZAÇÃO DO ACC E CONSEQUENTE SUJEIÇÃO DOS CRÉDITOS AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.**

Como exposto, o ACC é um mecanismo muito vantajoso ao exportador e pode ser igualmente benéfico à instituição financeira, especialmente quando há uma valorização da moeda nacional. Todavia, tal operação apresenta um risco comercial para o banco característico das operações de câmbio, na medida em que este fica suscetível a perdas decorrentes da desvalorização do real.

Como incentivo para que os bancos concedam o ACC, a Lei nº 11.101/2005 estabeleceu, em seu art. 49, §4º, que os créditos oriundos de tal contrato não estão sujeitos aos efeitos da recuperação judicial do exportador.

Na hipótese de falência do exportador, o art. 86, II, da Lei nº 11.101/2005 garante que a instituição financeira que concedeu o ACC terá o direito de requerer a restituição “da importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional” por conta da extraconcursalidade atribuída em lei.

Inclusive, vale dizer que o Senador Ramez Tebet, no Parecer nº 534 de 2004 sobre o projeto de lei de recuperação judicial e falência, apresentou a seguinte justificativa para a mencionada restituição:

*“O atual momento político-econômico brasileiro requer grande estímulo às exportações, com o objetivo de equilibrar o balanço de pagamentos por meio da geração de superávits na balança comercial. Esse objetivo pode ser gravemente ameaçado com o comprometimento do*

*principal instrumento de financiamento das exportações. Inviabilizar o ACC significa reduzir as exportações, causar retração na economia e gerar desemprego, o que não interessa a ninguém, especialmente à classe trabalhadora”<sup>26</sup>.*

Além disso, ao tratar do assunto no referido parecer, o Senador discorreu sobre a exclusão do direito à restituição na hipótese de violação da regulamentação do Conselho Monetário Nacional ou do BACEN, afirmando que o objetivo de tal exclusão seria justamente “evitar fraudes, pois, como o ACC prefere aos créditos trabalhistas, é preciso ficar claro que todos os seus requisitos, formais e materiais, devem ser rigorosamente atendidos para que prevaleça essa prioridade.”<sup>27</sup>

Como também um dos autores já teve a oportunidade de atestar, no caso do ACC, “o contrato depende especialmente da performance daquilo que é o objeto de sua operação de financiamento”<sup>28</sup>.

Contudo, verifica-se que, em razão dessas benesses trazidas pelos artigos 49, §4º, e 86, II, da Lei nº 11.101/2005, além da já mencionada isenção de IOF, iniciou-se um movimento que se tornou relativamente comum dentro do cotidiano das operações bancárias relativas a câmbio, o qual é contrário ao espírito da lei demonstrado pelo Senador Ramez Tebet.

Algumas instituições financeiras tendem a celebrar ACC sem exigir das devedoras qualquer documento relativo às exportações, em que pese o fato de ele ser um contrato que contém diversas formalidades. Com efeito, conforme já exposto, a doutrina especializada aponta para a importância de que as instituições financeiras exijam prova documental das operações de exportação que serão financiadas através do ACC contratado.

Nessa toada, se a instituição financeira concede um empréstimo ao devedor sem exigir nenhum documento relativo à operação de exportação, descumprindo uma das maiores formalidades do ACC, trata-se, na realidade, de um contrato de mútuo, dado que a característica precípua do adiantamento, qual seja, estar vinculado à uma exportação, é desvirtuada. Há, portanto,

<sup>26</sup> Parecer nº 534, de 2004. Sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 71, de 2003 (nº 4.376/93, na Casa de origem), de iniciativa do Presidente da República, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência de devedores pessoas físicas e jurídicas que exerçam atividade econômica regida pelas leis comerciais, e dá outras providências. Relator: Senador Ramez Tebet. Disponível em: <https://cutt.ly/SkEfvkF>. Acesso em: 16 jan. 2021.

<sup>27</sup> Idem.

<sup>28</sup> WAISBERG; GORNATI, op. cit. p. 106.

a descaracterização da natureza do contrato em questão em razão do desvio de finalidade. Nesses casos, o contrato celebrado tem como cerne a incidência de juros remuneratórios, característicos dos contratos de mútuo, e não apresenta, portanto, a finalidade de antecipação de valores dos contratos de câmbio.

Assim, um indício de desvio de finalidade do ACC corresponde à ausência de documentos de exportação e de cobrança desses documentos pela instituição financeira - cobrança esta que, como exposto anteriormente, é de incumbência do banco contratante. Conforme destacado pela Ministra Nancy Andrighi ao julgar o Recurso Especial nº 1.350.525/SP, a “ausência de entrega dos documentos de exportação, bem como a ausência de cobrança desses mesmos documentos, são inegavelmente indícios de que a operação contratada não tinha por finalidade real a antecipação dos contratos de câmbio.”<sup>29</sup>.

Outro indício de desvirtuamento do ACC é a destinação dos valores adiantados a atividades não relacionadas à exportação, bem como a consequente inexistência de vínculo do referido instrumento com exportação futura - entre as quais consta, também, a utilização imediata do dinheiro ofertado para pagamento de outras operações do mesmo credor. Isto pois, como exposto, a razão de ser do ACC é o estímulo à exportação, de modo que, se o referido contrato não se destina a tal fim, sua natureza está descaracterizada<sup>30</sup>.

29 STJ, REsp nº 1.350.525/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20/06/2013. Neste mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul mantém entendimento no sentido de que a ausência de documentos não seria só um indício de desvio de finalidade do ACC, mas seria um elemento, por si só, capaz de comprovar sua descaracterização: “APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE CÂMBIO. DESVIRTUAMENTO. Havendo fundada dúvida, amparada por perícia contábil, de que os contratos de adiantamento de câmbio à exportação serviram apenas para encobrir transações outras, inclusive para servir de capital de giro, presente está o desvirtuamento daqueles contratos, retirando deles a preferência de créditos na falência. Apelação improvida, mantida a sentença em reexame necessário.

[...]

Ademais, é de ser considerado, que devem as instituições financeiras, para conceder os adiantamentos de contrato de câmbio, adotar todas as cautelas necessárias para se assegurar da liquidez do negócio, exigindo documentos relativos à operação de exportação, com a indicação do importador, dentre outros. Contudo, neste caso, ao que tudo indica, deixou a recorrente de exigir os documentos relativos à operação de exportação/importação. Assim agindo, certo é que suas alegações não merecem amparo, porquanto ao que tudo indica o banco aceitou negociar com a empresa, ora falida, sem adotar as diligências necessárias, atitude esta que demonstra seu objetivo de garantir, após a falência da empresa, sua posição de super privilégio, por força do parágrafo 3.º do artigo 75 da lei 4.728/65, quando, na verdade, as operações efetuadas entre as partes serviram apenas para capital de giro ou mesmo contrato de mútuo, o que não qualifica nenhuma garantia ao banco, colocando-o apenas entre os credores quirografários”. (TJRS, Apelação nº 70004636494, Rel. Guinther Spode, j. 23/12/2002).

30 Nesse sentido: “FALÊNCIA - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO - CONTRATO DE CÂMBIO - DESCARACTERIZAÇÃO. Diante da descaracterização do contrato de câmbio pela perícia técnica e da ausência de prova de que o adiantamento de câmbio foi feito pelos bancos no exterior e de que as quantias serviram, efetivamente, para cobrir

Igualmente, a ocorrência de renovações sucessivas do ACC com a consequente ausência de exportação da mercadoria no prazo estipulado pela Circular nº 3.691/2013 - prática popularmente conhecida como “rolagem da dívida”, que constitui verdadeira linha de crédito oferecida pelo banco à parte contratante - enseja a descaracterização do contrato em questão por desvio de finalidade. Mais uma vez, o contrato celebrado certamente não tem a finalidade de ser um pacto adjeto ao contrato de câmbio, em que a instituição financeira visa ao lucro por meio da valorização da moeda nacional, mas sim um pacto cujo objetivo final é a cobrança de juros compensatórios.

A jurisprudência, inclusive, vem acertadamente defendendo a realização de perícia contábil a fim de apurar eventual desvio de finalidade do ACC, seja pela ausência de vínculo com a atividade exportadora, seja pela utilização dos valores recebidos em atividades que não se destinam a tal fim ou, ainda, pela rolagem da dívida<sup>31</sup>.

Afinal, se o credor adotou postura a contribuir para a não observância das formalidades do ACC, este deve ser descaracterizado, pois sua real intenção foi fornecer linha de crédito com os benefícios próprios do ACC, e não financiar operação de exportação<sup>32</sup>. Neste íterim, considerando a explanada necessidade de interpretação restritiva do art. 49, § 4º, da Lei nº 11.101/2005, tal prerrogativa aplica-se tão somente aos créditos oriundos de ACCs efetivos, e não descaracterizados pelos supracitados desvios de finalidade.

operações de exportação, os credores não fazem jus ao pedido de restituição de valores previsto no artigo 75 da Lei 4.728/65.

[...] Dessa forma, diante da descaracterização do contrato de câmbio pelo perito e da ausência de prova de que o adiantamento de câmbio foi feito pelo Banco do Progresso no exterior e de que a quantia serviu, efetivamente, para cobrir operações de exportação pela Siderúrgica Globo Ltda., o credor não faz jus ao pedido de restituição de valores previsto no artigo 75 da Lei 4.728/65” (TJMG, Apelação nº 0175141-91.1998.8.13.0672, Rel. Des. Eduardo Andrade, j. 02/08/2005. Grifos nossos). Igualmente: TJRS, Apelação nº 70024686727, Rel. Des. Luiz Renato Alves da Silva, j. 08/09/2011.

31 TJSP, Apelação nº 1001220-07.2019.8.26.0210, Rel. Des. Irineu Fava, j. 01/07/2020; TJSP, Agravo de Instrumento nº 2140407-61.2019.8.26.0000, Rel. Des. Araldo Telles, j. 17/12/2019; STJ, REsp nº 1.350.525/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20/06/2013.

32 Conforme bem destacado no trecho do voto do Desembargador Fortes Barbosa, da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo “[o] adiantamento de contrato de câmbio precisa, na forma do artigo 75, §§3º e 4º da Lei 4.728/1965, ostenta características muito próprias, inclusive quanto à limitação do prazo total da operação, o que permite seja reconhecida sua extraconsursalidade numa recuperação judicial ou seja estabelecida a possibilidade de restituição na falência. Ultrapassadas ou afastadas estas peculiaridades com a participação do credor, não há motivo plausível para que sejam conferidos os atributos protetivos deste credor.” (TJSP, Agravo de Instrumento nº 2252133-40.2019.8.26.0000, Rel. Des. Fortes Barbosa, j. 05/02/2020). Nesse mesmo sentido: TJSP, Agravo de Instrumento nº 2278288-80.2019.8.26.0000, Rel. Fortes Barbosa, j. 04/03/2020.

Além de tais desvios de finalidade, o ACC deve ser descaracterizado em caso de ausência de performance da exportação e consequente inadimplemento do contrato – que podem ocorrer em três situações diversas, quais sejam: (i) após prorrogação justificada do prazo de vencimento da operação do ACC, por um prazo suplementar de até 1.500 dias; (ii) com o cancelamento do contrato de câmbio, mediante o consenso das partes, ou (iii) com a baixa deste contrato pela instituição financeira, quando não for possível chegar a um acordo quanto aos encargos a serem pagos pelo exportador<sup>33</sup>.

Quanto à prorrogação, esta depende da aprovação do BACEN e deve ser feita de modo justificado, nos termos do art. 99-B, parágrafo único da Circular nº 3.691/2013 – restando claro que, caso o embarque da mercadoria ou a prestação do serviço não ocorra em até 1.500 dias a partir da data de contratação da operação de câmbio, conforme estipulado no referido dispositivo legal, o ACC restará descaracterizado em razão do inadimplemento contratual.

O cancelamento, por sua vez, nos termos do art. 106 da Circular nº 3.691/2013, é fruto de mútuo acordo entre as partes, ao passo que a baixa do ACC pela instituição financeira corresponde, ao:

“(…) registro contábil interno do Banco, de estorno do crédito em divisas – chamada na linguagem técnica bancária “saneamento da posição de câmbio” – exigível sempre que se torne patente o inadimplemento, quando, vencida a operação, não haja prorrogação nem seja viável pagamento ou cancelamento.”<sup>34</sup>

Mais uma vez, considerando que o ACC é um contrato que depende essencialmente da performance da exportação, resta claro que, caso esta não ocorra, há a descaracterização do instrumento em razão de inadimplemento contratual. Assim, o benefício da não sujeição previsto na Lei nº 11.101/2005 – que, como visto, deve ser aplicado restritivamente aos créditos provenientes de ACC efetivos – certamente não abrange os ACCs descaracterizados em razão de tal inadimplemento.

Em igual sentido, seja em razão do desvio de finalidade ou do inadimplemento, a descaracterização do ACC deve resultar em custos e encargos a serem assumidos pelo

<sup>33</sup> BERTOLDI, op. cit., p. 101 já listava as duas últimas hipóteses, mas a primeira é também possível.

<sup>34</sup> LUZ, Aramy Dornelles. Negócios jurídicos bancários: o banco múltiplo e seus contratos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. p. 147.

exportador. Dessa forma, a cobrança do IOF – que, como visto, antes não incidia sobre a operação – será realizada pelo banco em face do exportador.

Isso porque, conforme exposto, considerando que o ACC tem como fim precípuo o fomento da exportação, os benefícios advindos desse instrumento também devem estar atrelados a tal finalidade. Por este motivo, o legislador, no §3º do art. 8º do Decreto nº 6.306/2007, fez a ressalva de que, na hipótese de desclassificação ou descaracterização do ACC, o IOF passa a ser devido.

Conforme explica Paulo Vicente Gomes Carmo ao tratar do referido dispositivo, a incidência do IOF deverá alcançar a “a descaracterização de qualquer outra operação de crédito tributada à alíquota zero, quando ocorrer falta de comprovação, ou descumprimento de condição, ou desvirtuamento da finalidade dos recursos emprestados, total ou parcialmente”<sup>35</sup>.

Portanto, havendo a descaracterização do ACC em razão do inadimplemento ou desvio de finalidade, o exportador perderá o benefício fiscal em questão. Nesse contexto, a instituição promoverá a baixa do contrato e, por ocasião da desnaturaçã do ACC, cobrará do exportador o pagamento de IOF na forma prevista no art. 10 do Decreto nº 6.306/2007.

Assim, é incontroverso que a descaracterização do ACC gera ao exportador a obrigação arcar com valores referentes ao IOF, de modo que a cobrança do referido imposto pela instituição financeira, ao promover a baixa do contrato, reflete o reconhecimento desta última de que o ACC de fato teve sua natureza descaracterizada, consistindo em um contrato de mútuo simples<sup>36</sup>. Em outras palavras, a partir do momento em que a instituição financeira faz a cobrança IOF, ela mesma reconhece que, de fato, houve a descaracterização do instrumento.

Não estando o ACC atrelado à exportação, como já dito, este nada mais é do que um mútuo, uma concessão comum de linha de crédito, que, se não vinculada a qualquer garantia fiduciária, deve se sujeitar ao pedido de recuperação judicial. Afinal, justamente por se tratar

<sup>35</sup> CARMO, Paulo Vicente Gomes. Manual do IOF. 2.ed. São Paulo: Frase Editora, 1998. p. 36. Corroborando com tal entendimento, assevera Paulo Bento que “caso a operação seja descaracterizada, total ou parcialmente, o tributo será cobrado em conformidade com as regras aplicáveis às demais operações de financiamento” (BENTO, Paulo (Coord.). Manual de tributação no mercado financeiro. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 267).

<sup>36</sup> Há, porém, entendimento no sentido de que a simples cobrança de IOF, sem perícia contábil que ateste o desvio de finalidade, não descaracteriza o ACC. A respeito: TJSP, Apelação nº 1001036 1.2019.8.26.0210, Rel. Walter Barone, j. 16/07/2020; e TJPR, Apelação nº 0013698-71.2016.8.16.0170, Rel. Athos Pereira Jorge Junior; j. 27/02/2019.

de exceção, o quanto disposto no art. 49, §4º, da Lei nº 11.101/2005 deve ser interpretado de maneira restritiva, não podendo ser alargada a abrangência dos termos e características do ACC para fins de concursabilidade do crédito.

Dessa forma, tão somente os ACCs deveras efetivos (isto é, que foram celebrados e executados de acordo com as características e formalidades próprias de tal contrato, tendo em vista especialmente a performance da atividade exportadora), são abarcados pelo benefício da não sujeição aos efeitos da recuperação judicial previsto no art. 49, §4º, da Lei nº 11.101/2005.

#### 4. CONCLUSÃO

Como regra geral, o caput do art. 49 da Lei nº 11.101/2005 estabeleceu que estarão sujeitos à recuperação judicial da empresa devedora todos os créditos existentes na data do pedido, vencidos ou vincendos. No entanto, em caráter notadamente excepcional, foram delimitados em seus §§ 3º e 4º, os casos específicos de não sujeição de determinados créditos à recuperação judicial. Por ocasião do § 4º, objeto do presente estudo, foi consignada a extraconcursabilidade de créditos oriundos de ACC.

Em se tratando de norma excepcional (afinal, a regra geral é de sujeição dos créditos), valendo-se da hermenêutica jurídica, sua interpretação deve ser restrita, conforme doutrina e jurisprudência pacíficas sobre o tema.

Assim, para fins de concursabilidade do crédito, o benefício da exceção supracitada deve ser aplicado restritivamente aos créditos provenientes de ACC efetivos, isto é, que foram celebrados e executados de acordo com as características e formalidades inerentes a este tipo de contrato. Em outras palavras, em se tratando de interpretação restritiva, as características do ACC não podem ser alargadas ou atenuadas para sua adequação ao benefício da não sujeição previsto na norma em comento.

Nessa toada, considerando que o ACC tem como característica essencial a vinculação dos montantes adiantados pelo banco à atividade exportadora do devedor, há a descaracterização por desvio de finalidade se verificadas quaisquer das circunstâncias abaixo:

(i) ausência de documentos de exportação e de cobrança desses documentos pela

instituição financeira;

- (ii) destinação dos valores adiantados a atividades não relacionadas à exportação;
- (iii) renovações sucessivas do instrumento sem o efetivo embarque da mercadoria; ou
- (iv) qualquer elemento que comprove que a operação de crédito tem natureza de mútuo.

Nesses casos, em se tratando de verdadeiros contratos de mútuo, e não de ACCs, os créditos deles oriundos sujeitam-se aos efeitos da recuperação judicial.

Outrossim, ACC é descaracterizado por inadimplemento do contrato em caso de:

- (i) prorrogação do prazo de vencimento da operação que não se adeque às exigências do BACEN;
- (ii) cancelamento do contrato de câmbio; ou
- (iii) baixa do contrato pela instituição financeira.

Em todos os casos, não há a vinculação dos montantes ofertados a título de adiantamento à atividade exportadora, de modo que, mais uma vez, trata-se de verdadeiro mútuo bancário. Assim, os créditos oriundos de tais instrumentos são inequivocadamente concursais.

A descaracterização do ACC, seja por inadimplemento ou desvio de finalidade, resulta na cobrança do IOF – que, até então, nos termos do art. 8º, inciso XVII do Decreto nº 6.306/2007 não incidia sobre a operação – a qual deve ser realizada pelo banco em face do exportador. Dessa forma, a cobrança do referido imposto pela instituição financeira, ao promover a baixa do contrato, reflete o reconhecimento desta última de que o ACC teve sua natureza descaracterizada, consistindo em um contrato de mútuo simples. Verificada a incidência de IOF, portanto, os créditos oriundos de suposto ACC também estão sujeitos aos efeitos do procedimento recuperacional.

Em resumo, não estando o ACC atrelado à exportação, este nada mais é do que um mútuo, uma concessão comum de linha de crédito, que, se não vinculada a qualquer garantia fiduciária, deve se sujeitar ao pedido de recuperação judicial. Isso porque, como visto, em se tratando de norma excepcional, o art. 49, §4º, da Lei nº 11.101/2005 deve ser interpretado restritivamente, de modo que as características do ACC não podem ser moderadas para fins de concursabilidade do crédito.

Dessa forma, a prerrogativa prevista no art. 49, § 4º, da Lei nº 11.101/2005 aplica-se tão somente a créditos oriundos de ACCs efetivos e não descaracterizados em razão de inadimplemento, desvio de finalidade ou incidência de IOF.

## **BIBLIOGRAFIA**

ALVIM NETTO, José Manuel de Arruda et. al. Promoção do juiz depois de terminada a instrução e antes da prolação da sentença. Revista de Processo, v. 4, p. 219-226, out./dez.1976.

BENTO, Paulo (Coord.). Manual de tributação no mercado financeiro. São Paulo: Saraiva, 2011.

BERTOLDI, Marcelo M. Aspectos atuais do contrato de câmbio. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 115, p. 88-103, jul./set. 1999.

CARMO, Paulo Vicente Gomes. Manual do IOF. 2. ed. São Paulo: Frase Editora, 1998.

CASTRO, José Augusto. Exportação: aspectos práticos e operacionais. 6. ed. São Paulo: LEX Editora, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. Contrato de câmbio. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 575, set. 1983.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1991.

GARCIA JUNIOR, Armando Alvares. Adiantamento sobre o Contrato de Câmbio de Exportação. In: GARCIA JUNIOR, Armando Alvares. Contratos indexados no direito brasileiro e variação cambial. São Paulo: Aduaneiras, 2000.

GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula Andrea. O Estado, a Empresa e o Contrato. São Paulo: Malheiros, 2005.

HARTUNG, Douglas S. Negócios internacionais. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2004.

LUZ, Aramy Dornelles. Negócios jurídicos bancários: o banco múltiplo e seus contratos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

MONTORO, André Franco. Introdução à ciência do direito. 20. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

OLIVEIRA, Angelina Mariz de. Adiantamentos de Contratos de Câmbio (ACC) e tributação. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, v. 134, nov. 2006.

RADICCHI, Caio. Mercado de câmbio e operações de trade finance. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. A restituição falimentar do adiantamento sobre contrato de câmbio. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 36, p. 27-34, out./dez. 1979.

SALOMÃO NETO, Eduardo. Direito bancário. São Paulo: Atlas, 2005.

WAISBERG, Ivo; GORNATI, Gilberto. Direito Bancário: contratos e operações bancárias. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

# RECUPERAÇÃO JUDICIAL E O PARADIGMA DA CLASSIFICAÇÃO DOS CRÉDITOS DE PENSÃO VITALÍCIA NO PLANO DE RECUPERAÇÃO

## JUDICIAL REORGANIZATION AND THE PARADIGM OF CLASSIFICATION OF CREDITS OF LIFETIME PENSION IN THE REORGANIZATION PLAN

José Guilherme Zoboli\*  
Luís Ogedes Zamarian\*\*

### RESUMO

Dentre os créditos que se submetem ao processo de Recuperação Judicial, quais sejam aqueles existentes (vencidos e vincendos) na data do pedido recuperacional, tem-se o derivado de pensão mensal vitalícia decorrente de responsabilidade civil. A natureza jurídica do crédito em apreço é alimentar, visto que destinado estritamente à subsistência do credor (vítima ou sucessores) e, nesta senda, deve ser equiparado ao crédito trabalhista (oriundo da legislação de trabalho ou acidente de trabalho) e inserido na classe I do Plano de Recuperação Judicial, na forma do artigo 41, inciso I da Lei 11.101/2005. O Plano de Recuperação Judicial deve abordar uma forma de pagamento especial para o referido crédito, principalmente no que tange aos créditos vincendos (vencidos após o pedido de Recuperação Judicial), em virtude de serem destinados, como dito, à subsistência do credor.

### Palavras-chave

recuperação judicial; plano de recuperação judicial; pensão mensal vitalícia; crédito concursal;

\* Advogado – sócio do escritório Zamarian e Zoboli Advogados Associados. Graduado em Direito pela UNICURITIBA. Concluiu o Curso de Recuperação Judicial e Falência pelo Instituto Brasileira de Administração Judicial – IBAJUD.

\*\* Advogado – sócio do escritório Zamarian e Zoboli Advogados Associados. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Pós-Graduado em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná – EMAP/PR. MBA em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas – FGV.

equiparação; classe I.

### ABSTRACT

Among the credits treated under the Judicial Reorganization, which are the credits (due and past due) existing on the Filing Date of Reorganization, there is the credit arising from lifetime monthly pension as a result of civil liability. The legal nature of credit in question is related to alimony support, designed for the creditor's subsistence (victim or successors) and in this vein, it shall be equal to the labor credit (arising out of the labour law or labor accident law) and included in the class I of the Judicial Reorganization Plan pursuant to Article 41, item I of Law 11,101/2005.

The Judicial Reorganization Plan shall address a special form of payment for such referred credit especially concerning the past due credits (due after filing for Judicial Reorganization) by virtue of being designed to the creditor's subsistence as stated above.

### Keywords

judicial reorganization; judicial reorganization plan; lifetime monthly pension; pre-bankruptcy credit; equal pay; class I.

### Sumário

1 Introdução. 2 A Recuperação Judicial no Ordenamento Jurídico Brasileiro, Pressuposto e Finalidade: Viabilidade da Empresa. 3 Dos Créditos Sujeitos à Recuperação Judicial: Sistemática de Classes no Ordenamento Jurídico Brasileiro. 4 Da Natureza Alimentar da Pensão Vitalícia Decorrente de Responsabilidade Civil e sua Inclusão, por Equiparação, como Crédito de Classe I (Artigo 41, Inciso I da Lei 11.101/2005). 5 Da Previsão de Pagamento das Parcelas Vencidas e Vincendas à Título de Pensão Vitalícia no Plano de Recuperação Judicial. 6 Conclusão. 7 Referencial Bibliográfico

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo trazer à lume resposta a um questionamento prático levantado quando do pedido de recuperação de uma sociedade empresária que possuía, dentre outras obrigações, débitos para com terceiros decorrentes de responsabilidade civil (pensão por morte) oriunda de sentença condenatória transitada em julgado.



Para melhor entendimento do objetivo do presente artigo se descortina, neste introito, o fato que deu origem ao questionamento pelas partes envolvidas, isto é, em qual das classes se enquadraria o referido crédito em face à sociedade empresária Recuperanda.

Cuida o caso prático – que aqui não se revela as partes, a pedido dos envolvidos – de condenação judicial de sociedade empresária decorrente de acidente automobilístico causado por um de seus funcionários quando da condução de veículo de propriedade da pessoa jurídica empregadora.

Do referido evento danoso ocasionou o falecimento da vítima e acabou por originar um processo judicial proposto pela viúva onde a pessoa jurídica – que posteriormente postulou sua Recuperação Judicial – fora condenada ao pagamento de pensão mensal vitalícia à autora da demanda.

Tendo em vista a crise econômico-financeira que assolou a referida pessoa jurídica, esta passou a inadimplir os valores devidos – impostos por sentença condenatória transitada em julgado – à título de pensão vitalícia, cujo vencimento de cada prestação se dá mês a mês, e, posteriormente, aforou pedido de Recuperação Judicial, sendo que o processamento fora deferido pelo Poder Judiciário.

A celeuma, então, instaurou-se quando da classificação do crédito oriundo do título judicial em questão, porquanto as partes – credora e Recuperanda – divergiam acerca da natureza do crédito em questão, visto que enquanto a primeira entendia que o crédito deveria ser inserido na classe I, a segunda (empresa Recuperanda) possuía a convicção de que o referido crédito, por decorrer de responsabilidade civil, deveria ser incluído na classe III, aventando que sua natureza é de crédito quirografário.

Desta feita, mediante a divergência de entendimento sobre qual da classe o crédito decorrente de pensão vitalícia se insere, ou seja, qual a classificação desta espécie de crédito, o presente artigo busca lançar luz sobre o tema trazendo os conceitos necessários com fim de construir entendimento a respeito da matéria posta.

Busca-se, embasado no entendimento jurisprudencial já consagrado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, dirimir a celeuma aqui posta e demonstrar a natureza da indenização civil que obriga o devedor ao pagamento de pensão vitalícia e o devido enquadramento quando da

classificação por ocasião de pedido de recuperação judicial.

## **2. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, PRESSUPOSTO E FINALIDADE: VIABILIDADE DA EMPRESA**

O Decreto-Lei n. 7.661/1945 era a norma que regulamentava o processo de falência e concordata no Brasil, cuja vigência perdurou até o ano de 2005 – revogado com a publicação da Lei n. 11.101/2005 – e utilizava do procedimento para liquidação e extinção da sociedade empresária em crise, ou seja, não disciplinava outros meios de se evitar a “quebra”, porquanto trilhava o encerramento, de modo forçoso, das atividades empresariais com o escopo máximo da satisfação dos credores.

Considerando isto, a norma em exame – Decreto-Lei n. 7.661/1945 – apenas conferia ao empresário ou sociedade empresária em crise duas alternativas, quais sejam o parcelamento ou desconto mediante a adoção da concordata, ou a falência.

Desta feita, sob a égide do supracitado Decreto-Lei não houve a criação de permissivos legais com o fito do soerguimento do empresário ou da sociedade empresária em crise, o que fora implementado com a edição da Lei n. 11.101/2005 (Lei de Recuperações e Falência).

Com o advento da Lei de Recuperações e Falência em 2005, que veio a regulamentar a Recuperação Judicial, a Extrajudicial e a Falência do Empresário e da Sociedade Empresária, em substituição ao Decreto-Lei n. 7.661/1945, o legislador ordinário promoveu um tratamento diferenciado ao empresário e à sociedade empresária em transitório estado de crise (econômica, financeira e/ou patrimonial).

Ou seja, em sentido diametralmente oposto ao insculpido no Decreto-Lei adrede referido, a Lei n. 11.101/2005 objetiva, em primeiro momento, sanear a dificuldade econômico-financeira do empresário/sociedade empresária em crise de modo a preservar os empregos (diretos e indiretos), o recolhimento de tributos, a circulação da economia, conferindo incentivo à atividade econômica para que, por meio da continuidade da exploração da atividade empresarial, o devedor logre êxito quanto ao pagamento dos credores.

Neste espectro corrobora o artigo 47 da Lei de Recuperações e Falência ao dispor sobre a



finalidade da Recuperação Judicial, qual seja a de:

[...] 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.<sup>1</sup>

Do artigo de Lei em comento se depreende que a Recuperação Judicial está enraizada nos princípios da preservação da empresa, no estímulo à atividade econômica e, da função social da empresa.

Até a edição da Lei n. 11.101/2005, o Direito Concursal à época estava concentrado na autoridade judicial e os institutos legais (concordata e falência) não buscavam o soerguimento, leia-se recuperação do empresário ou da sociedade empresária em crise, e sim a sua liquidação para efetuar o pagamento dos credores, o que nem sempre – ou seja, raramente – era possível.

Assim, a Lei em regência foi inspirada no modelo liberal e negocial, visto que concedeu aos credores a deliberação sobre o Plano de Recuperação Judicial apresentado pelo devedor, e, em caso de objeção com a consequente submissão à Assembleia Geral de Credores, fora outorgado a estes o poder de aprovar ou rejeitar o Plano.

A autoridade judicial, no processo de Recuperação Judicial, possui uma função heterônoma e subordinada ao deliberado pelos credores, não competindo ao Magistrado intervir no aspecto negocial do Plano de Recuperação Judicial, e sim e apenas no que pertine ao controle de legalidade do Plano, que, para Daniel Carnio Costa, deve ser feito em quatro etapas, conforme intitulado critério tetrafásico de controle judicial do plano de recuperação judicial.

Segundo o Magistrado e Doutrinador em referência, o critério tetrafásico consiste no:

[...] critério prático para o exercício do controle de legalidade do plano de recuperação judicial, estabelecendo limites claros entre mérito e aspectos legais das decisões dos credores e

<sup>1</sup> BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, Congresso Nacional. Disponível em: <https://cutt.ly/tkEhaW8>. Acesso em: 05 nov. 2019.

orientando a conduta de todos os agentes envolvidos no processo recuperacional.<sup>2</sup>

Isto é, não cabe ao Juiz interferir na deliberação dos credores e no aspecto negocial/propostas e forma de pagamento dos créditos dispostos no Plano de Recuperação Judicial, porque a autoridade deles, credores, é a que deve triunfar, ou seja, propõe-se a retirada do Estado desta relação (negociação entre devedor e credor) para que o Juiz exerça uma função heterônoma, subordinada ao deliberado pelos credores – apenas no que atine à questão negocial – e com o dever de observar se o comportamento dos credores não se deu de forma abusiva e/ou contra legem.

Desta forma, o interesse precípua resguardado pela Lei n. 11.101/2005 no tocante à Recuperação Judicial não é o da satisfação dos credores, e sim o da preservação da empresa aliado ao da sua função social, o que, com a manutenção da atividade empresarial da Recuperanda se permitirá o pagamento dos credores e, principalmente, os empregos serão preservados, assim como o recolhimento dos tributos e o desempenho da atividade econômica, conforme mens legis preconizada no artigo 47 da Lei de Recuperações.

A Recuperação Judicial é, portanto, o procedimento apto, mediante a intervenção estatal, para viabilizar a superação da crise econômico-financeira do devedor (empresário ou sociedade empresária), com a finalidade da manutenção da fonte produtora, da força de trabalho (empregos), dos interesses dos credores, promovendo, assim, a manutenção da empresa e a preservação de sua função social.

Neste sentido, perfilha o escólio do Excelentíssimo Magistrado da Primeira Vara de Falências, Recuperações Judiciais e Arbitragens de São Paulo/SP, o Dr. Daniel Carnio Costa, ao prefaciar que:

O processo de recuperação judicial é uma das ferramentas legais do sistema de insolvência empresarial brasileiro que se destina a proporcionar ao empresário/sociedade empresária em crise a oportunidade de renegociar suas dívidas com seus credores, de modo a preservar a atividade empresarial e todos os benefícios econômicos e sociais que decorrem dessa atividade, quais sejam, os empregos, a renda dos trabalhadores, a circulação de bens,

<sup>2</sup> COSTA, Daniel Carnio. O critério tetrafásico de controle judicial do plano de recuperação judicial. Coluna Insolvência em Foco: Portal Migalhas, out. 2017. Disponível em: <<https://cutt.ly/DkEhlyY>>. Acesso em: 05 nov. 2019



produtos, serviços, o recolhimento de tributos e a geração de riquezas em geral.<sup>3</sup>

Expostas as considerações alhures é forçoso concluir que a Recuperação Judicial pode ser considerada como um instrumento de intervenção estatal para buscar o soerguimento de empresas viáveis, isto é, deve ser aplicada ao empresário ou sociedade empresária em crise, todavia capaz de gerar os benefícios sociais e econômicos consagrados pela Lei n. 11.101/2005.

Giro noutro, o processo de Recuperação Judicial não deve ser utilizado para aquelas empresas absolutamente inviáveis (leia-se: as que não têm condições de gerar os benefícios sociais e econômicos de sua atividade) e, portanto, devem falir, a fim de permitir o ingresso de outro empresário ou sociedade empresária social e economicamente aptos ao desempenho da atividade comercial.

A natureza jurídica da Recuperação Judicial é de negócio jurídico processual, ou seja, uma negociação, no âmbito processual, entre credores e devedor com o escopo de recuperar o devedor e, também, de quitação dos débitos e nas conformidades do plano de recuperação judicial, enquanto que a natureza jurídica da falência é de execução coletiva com liquidação dos ativos da falida, e, assim, quitar sua dívida, total ou parcialmente. O pagamento dos credores é decorrência da falência.

A negociação entre credores e devedor(es) é o ponto central do processo de Recuperação Judicial, e, diante do princípio da Soberania da Decisão dos Credores, deve ser prestigiada a solução encontrada, em Assembleia Geral de Credores, pelos agentes de mercado para a superação da crise do devedor (empresário ou sociedade empresária) por meio da aprovação ou rejeição das propostas apresentadas pela Recuperanda em seu Plano.

A Lei n. 11.101/2005, notadamente em seu artigo 47, sustentado no princípio da preservação da empresa, criou mecanismos para proporcionar o soerguimento da empresa em crise e propicia, por meio de um ambiente de negociação equilibrada entre credores e a empresa devedora (recuperanda), que os agentes de mercado possam ajustar um plano

<sup>3</sup> COSTA, Daniel Carnio. A perícia prévia em recuperação judicial de empresas – Fundamentos e aplicação prática. Coluna Insolvência em Foco: Portal Migalhas, out. 2017. Disponível em: <https://cutt.ly/okEhRWj>. Acesso em: 05 nov. 2019.

de recuperação que atenda a maioria dos interesses dos credores e, ao mesmo tempo, viabilize a manutenção da atividade empresarial e todos os benefícios dela decorrentes, cujos valores (manutenção dos benefícios sociais e econômicos que decorrem da atividade empresarial) constituem no objetivo do processo de recuperação judicial.

Da mesma forma, a Lei de Recuperações e Falências, no que concerne ao empresário ou sociedade empresária em crise, no entanto inviável, norteia para a falência desses para que, assim, possa oportunizar espaço para novas sociedades empresárias e empresários com viabilidade econômico-financeira e que, sobretudo, venham a cumprir com os benefícios sociais e econômicos de sua atividade.

Por sua vez, o processo de falência também visa manter os mesmos benefícios sociais e econômicos, mas diante de uma técnica inversa, ou seja, tratando-se de empresa inviável, deve ser retirada do mercado o mais rápido possível para que outra ocupe o seu lugar e, assim, gere empregos, recolha tributos, circule a economia e etc.

En passant, o empresário ou a sociedade empresária devedora proporrá o pedido de Recuperação Judicial, e, desde que cumpridos os requisitos previstos nos artigos 48 e 51 da Lei n. 11.101/2005, o Magistrado deferirá o processamento da Recuperação Judicial e ordenará as medidas ordenadas no artigo 52 da Lei em referência.

No prazo improrrogável e impreterível de 60 (sessenta) dias – corridos – contados do deferimento da Recuperação Judicial, a Recuperanda deverá apresentar o Plano de Recuperação Judicial, com supedâneo no artigo 53 da Lei de Recuperações e Falência, que será submetido à aprovação dos credores.

Cumprido o prazo, somente será convocada Assembleia Geral de Credores caso haja objeção ao Plano de Recuperação Judicial, que, em caso negativo e após controle de legalidade judicial, haverá a concessão da Recuperação Judicial, novando-se os créditos na forma do Plano.

Da mesma forma haverá a novação dos créditos quando o Plano for aprovado em Assembleia Geral de Credores, e, se rejeitado, a convolação em falência é medida que se impõe.



Portanto, com a aprovação do Plano de Recuperação Judicial os créditos existentes, vencidos ou vincendos na data em que foi promovido o pedido de Recuperação Judicial, serão novados, nos termos do artigo 49, caput c/c 59, caput, ambos da Lei n. 11.101/2005.

### **3. DOS CRÉDITOS SUJEITOS À RECUPERAÇÃO JUDICIAL: SISTEMÁTICA DE CLASSES DO ORNAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Como asseverado nas linhas acima a Recuperação Judicial se destina àquela sociedade empresária ou ao empresário, em que pese em crise econômica e/ou financeira, que possua viabilidade econômica, o que será demonstrado por meio de um Plano de Recuperação Judicial com a correlata aprovação pelos credores – em caso de Assembleia Geral de Credores – ou, também, se não houver objeção, casos em que os créditos serão novados.

No Plano a Recuperanda informará, dentre outras situações, o total de suas dívidas e a forma (prazo, deságios, e etc.) que pretende pagar os credores concursais e, também, as dívidas que não estão compreendidas na Recuperação Judicial, que, muito embora não se submetam ao procedimento recuperacional, a viabilidade da empresa também está atrelada à condição de pagamento dos credores não abrangidos pelo processo de soerguimento.

Nesta senda, o caput do artigo 49 da Lei 11.101/2005 dispõe que: “estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos”.<sup>4</sup>

Impende enfatizar que não são todos os créditos contraídos pelo empresário ou sociedade empresária devedora que estão submetidos à Recuperação Judicial, porquanto o parágrafo terceiro do artigo sub examine exclui o:

[...] 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

4 BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília. Disponível em: <https://cutt.ly/jkEhVt2>. Acesso em: 05 nov. 2019.

imobiliárias, ou de proprietário em contrato de compra e venda com reserva de domínio.<sup>5</sup>

Também estão excluídos o contrato de câmbio para exportação (artigo 49, parágrafo quarto c/c artigo 86, inciso II, ambos da Lei de Recuperações e Falência), assim como o crédito tributário – exceto o crédito fiscal/dívida não tributária – disciplinado no artigo 187 do Código Tributário Nacional e, os créditos extraconcursais (artigo 67 da Lei n. 11.101/2005).

São créditos extraconcursais, em casos de decretação de falência e nos termos do artigo 67, os: “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”.<sup>6</sup>

Superadas as exceções legais, os créditos que aderirão ao processo de Recuperação Judicial são aqueles considerados “existentes” na data em que é protocolizada a Petição Inicial de Recuperação Judicial, ainda que o crédito não esteja vencido, isto é, os créditos vencidos e vincendos, desde que existam à época do pedido recuperacional.

De mais a mais, subsiste a controvérsia doutrinária sobre o crédito objeto de uma demanda judicial, isto é, quando que o referido crédito é considerado existente para se subsumir ao processo de Recuperação Judicial.

Assim, parte da doutrina entende que o crédito decorrente de ação judicial somente se sujeitará à Recuperação Judicial se à época do pedido já sobrevir decisão judicial transitada em julgado, enquanto que o outro entendimento verbeta no sentido que o crédito será existente no momento em que a obrigação creditícia se originou.

De acordo com a segunda corrente, e a mais aceita inclusive com o respaldo jurisprudencial, o crédito se constitui quando da ocorrência de seu fato gerador (em casos de responsabilidade civil e ações trabalhistas propostas anteriormente ao pedido recuperacional), uma vez que a ulterior sentença apenas reconhecerá o fato (an debeat) e declarará o consectário direito, apurando o correlato crédito (quantum debeat).

5 BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília. Disponível em: <https://cutt.ly/jkEhVt2>. Acesso em: 05 nov. 2019.

6 Ibid.



A segunda corrente – da constituição do crédito quando da ocorrência do fato gerador – está em consonância com o disposto no artigo 51, inciso IX da Lei n. 11.101/2005, cujo texto legal determina ao empresário ou sociedade empresária postulante pela Recuperação Judicial instruir a Exordial com: “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”.<sup>7</sup>

Logo, a Recuperanda deverá informar ao Juízo da Recuperação quais demandas judiciais figura como parte, estimando os respectivos valores, sendo despiciendo o trânsito em julgado da demanda e a apuração do crédito, posto que se submeterão à Recuperação Judicial os créditos oriundos das obrigações contraídas, e advindas de responsabilidade extracontratual – ainda que não tenham sido liquidados –, até a data em que for protocolizada a Petição Inicial de Recuperação Judicial.

Como se sabe um dos efeitos do deferimento do processamento da Recuperação Judicial é a suspensão das ações e execuções em desfavor da Recuperanda pelo prazo do stay period ou automatic stay.

Ocorre que as demandas judiciais que ainda não tenham o crédito liquidado prosseguirão até ulterior liquidação e, com isso, incluídos no Quadro-Geral de Credores, como ocorre com as Reclamatórias Trabalhistas e as Ações Indenizatórias (decorrentes de responsabilidade civil extracontratual), desde que o fato gerador seja anterior ao pedido recuperacional.

As Reclamatórias Trabalhistas que versarem sobre direitos/créditos originários antes do pedido de Recuperação Judicial terão seu prosseguimento até o momento em que forem liquidadas e, assim, sejam incluídas no Quadro-Geral de Credores.

Da mesma forma ocorrerá com as demandas cíveis de natureza indenizatória (responsabilidade civil – artigos 186 e 927 do Código Civil), uma vez que competirá ao Magistrado reconhecer, por sentença, o direito à indenização e, até a apuração do quantum indenizatório, a ação tramitará no Juízo Cível, sendo que o credor somente terá

<sup>7</sup> BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília. Disponível em: <https://cutt.ly/jkEhVt2>. Acesso em: 05 nov. 2019.

seu crédito relacionado no Quadro-Geral de Credores com a consequente apuração/liquidação.

Ad argumentandum tantum, o crédito derivado das obrigações contratuais se constitui com o inadimplemento da obrigação, sendo este o momento de sua origem e, se anterior ao pedido de Recuperação Judicial, será considerado como concursal.

Neste diapasão converge a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do perfilhado pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino no julgamento do Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.793.713/DF, momento o qual escolheu que:

[...] a jurisprudência desta Corte Superior, contudo, tem se orientado no sentido de que o marco temporal para aplicação da norma do art. 49, caput, da Lei 11.101/2005 é a data da ocorrência do fato gerador da obrigação que dá origem ao crédito, não a data da liquidação, propriamente dita.<sup>8</sup>

Desta forma, o legislador ordinário objetivou incluir no Plano de Recuperação Judicial os créditos, líquidos e ilíquidos, objetos de demandas judiciais (ainda que não tenha sido proferida sentença condenatória), desde que possuam fato gerador até a data do pedido de Recuperação Judicial, independentemente se o quantum devido somente for apurado após o aforamento da demanda judicial recuperacional.

Portanto, a demanda judicial que versa sobre quantia ilíquida tramitará no Juízo respectivo até a liquidação do crédito, quando será incluído no Quadro-Geral de Credores e se submeterá ao processo recuperacional, podendo, até sua apuração, o credor solicitar – ao Juízo da Recuperação Judicial – a reserva do crédito estimado.

Noutro giro e como já expendido acima, não são todos os créditos que se sujeitam à Recuperação Judicial, e sim aqueles existentes na data do pedido de Recuperação Judicial, mesmo que não vencidos, cujos credores sejam – ex vi lege artigo 41 da Lei de Recuperações:

I – titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes

<sup>8</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial – AgInt no REsp n. 1.793.713/DF. Terceira Turma, Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino. DJ 08/04/2019. Brasília, DF: 15 de abril de 2019. Disponível em: <https://cutt.ly/HkEj0W8>. Acesso em: 05 nov. 2019.



de trabalho;

II – titulares de créditos com garantia real;

III – titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados.

IV - titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte.<sup>9</sup>

Doravante, o escopo aventado no presente artigo consiste em tratar o crédito advindo de pensão vitalícia oriundo de sinistro automobilístico e a sua inclusão, para fins de Recuperação Judicial, na classe I do Plano de Recuperação Judicial, conferindo-lhe status de crédito alimentar, ainda que por equiparação aos créditos derivados de contrato de trabalho ou de acidente de trabalho, na forma do artigo 41, inciso I da Lei de Recuperações e Falência.

#### **4. DA NATUREZA ALIMENTAR DA PENSÃO VITALÍCIA DECORRENTE DE RESPONSABILIDADE CIVIL E SUA INCLUSÃO, POR EQUIPARAÇÃO, COMO CRÉDITO DE CLASSE I (ARTIGO 41, INCISO I DA LEI 11.101/2005)**

Prefacialmente à demonstração específica do enquadramento da pensão vitalícia decorrente de responsabilidade civil na classe I dos créditos sujeitos à Recuperação Judicial, importante se faz a análise da natureza jurídica da pensão vitalícia e também sua estruturação no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

O Código Civil brasileiro (Lei n. 10.406/2002) traz duas disposições específicas de dever de prestação de pensão vitalícia: (1) em caso de homicídio, cabe ao agente causador do dano a prestação de pensão vitalícia aos dependentes da vítima, tendo como base a expectativa de vida do falecido – conforme artigo 948, inciso II do referido codex:

Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

[...]

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a

<sup>9</sup> BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, Congresso Nacional. Disponível em: <https://cutt.ly/3kEkrMC>. Acesso em: 05 nov. 2019.

duração provável da vida da vítima.<sup>10</sup>

Nesta primeira hipótese legal a definição de “prestação de alimentos” do próprio dispositivo de lei auxilia na configuração da natureza alimentar da pensão vitalícia decorrente de responsabilidade civil.

A doutrina define esta indenização a ser paga na forma de pensão alimentícia como dano material e na modalidade de lucros cessantes<sup>11</sup>, ou seja, a responsabilidade civil do agente causador do dano configura o dever de indenizar os valores que seriam percebidos pela vítima e que se destinariam ao sustento de seus dependentes.

Em virtude desta definição de natureza alimentar é que advém a imprescritibilidade para pleitear este direito, e de outra ponta, após a fixação prescreve a pretensão de cobrar a pensão vitalícia 2 (dois) anos após seu vencimento.

Neste sentido, Nelson Nery Júnior explana sobre a incidência deste prazo ao caso do artigo 948, inciso II do Código Civil de 2002, senão vejamos o outrora perfilhado pelo Autor:

O direito a alimentos é imprescritível, ainda que não exercido por longo tempo; enquanto vivo tem o alimentando o direito a demandar do alimentante recursos materiais indispensáveis à sua sobrevivência, porém, se seu quantum foi fixado, judicialmente, prescreve em dois anos a pretensão para cobrar as prestações alimentícias vencidas e não pagas (CC 206 § 2.º).<sup>12</sup> [...]

À indenização decorrente de ato ilícito aplica-se a regra geral do CC 206 § 3.º V. Quanto às prestações vencidas de pensão, em face de seu conteúdo alimentar (CC 948 II), aplica-se o prazo prescricional do CC 206 § 2.º, com o alcance dado pela LA 23. Afasta-se a incidência do D 20910/32 (prescrição para a Fazenda Pública) e do DL 4597/42, ao menos por dois motivos: a) imprescritibilidade dos alimentos; b) D e DL não podem prevalecer sobre o CC e sobre a LA (pelo princípio da hierarquia e pela natureza de não excepcionalidade das normas

<sup>10</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, Congresso Nacional. Disponível em: <https://cutt.ly/SkEkU8c>. Acesso em: 05 nov. 2019.

<sup>11</sup> Flávio Tartuce define os lucros cessantes como: “Além dos danos emergentes, há os lucros cessantes ou danos negativos, valores que o prejudicado deixa de receber, de auferir, ou seja, uma frustração de lucro – o que razoavelmente se deixou de lucrar”. (TARTUCE, Flávio. Direito Civil, v. 2: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017. p. 472.

<sup>12</sup> DINIZ, Maria Helena apud NERY JÚNIOR, Nelson. Código civil comentado [livro eletrônico]. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Artigo 206, §2º.



jurídicas).<sup>13</sup>

E, também, o Código Civil trata de pensão vitalícia (2) nos casos de responsabilidade civil do agente causador de dano em casos que acarretem a inabilitação profissional ou inviabilização de exercício da atividade econômica da vítima, imputando o dever de indenizar o sujeito lesado por meio de pensão correspondente ao valor que perceberia em razão do exercício de seu ofício.

Nos termos do artigo 950 do Código Civil, *ipsis litteris*:

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.<sup>14</sup>

Nesta hipótese, o legislador brasileiro busca determinar a manutenção da renda da vítima, que é impossibilitada de obtê-la por meio do exercício de sua atividade laboral, por meio de indenização do causador do dano. Dever de indenizar que se pauta na garantia de subsistência da parte que sofreu a limitação decorrente do dano.

Desta forma, as hipóteses supracitadas de pensionamento vitalício alimentar visam à subsistência da vítima (no caso do artigo 950 do Código Civil), bem como de seus dependentes (na hipótese do artigo 948, inciso II, também do Código Civil).

E, assim, determinada a natureza alimentar das verbas percebidas a título de pensão vitalícia, conforme os fundamentos acima, importante passar à análise do seu amoldamento aos créditos da classe I do Plano de Recuperação Judicial.

Conforme já aduzido no tópico anterior, a classe I do Plano de Recuperação Judicial (previsto no artigo 41, inciso I da Lei n. 11.101/2005) tem por escopo principal a subsistência da parte credora, ou seja, trata de créditos que possuem a natureza estritamente alimentar.

<sup>13</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Código civil comentado [livro eletrônico]. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Artigo 948.

<sup>14</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, Congresso Nacional. Disponível em: <https://cutt.ly/mkExome>. Acesso em: 05 nov. 2019.

Em que pese a redação do referido dispositivo legal apontar apenas os créditos trabalhistas como enquadrados na classe I do Plano de Recuperação Judicial, é preciso que se faça, no caso em apreço, a interpretação dogmática da norma<sup>15</sup> como exercício hermenêutico que impõe a consideração da finalidade para qual a norma é criada, busca-se considerar o propósito dado ao conteúdo normativo para se aferir a melhor interpretação.

Conforme o artigo 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.675/1942) este define, *ipsis litteris*: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.<sup>16</sup>

Assim, para que um crédito seja classificado quando da elaboração do Plano de Recuperação Judicial, cabe às partes envolvidas – tendo o Poder Judiciário como *ultima ratio* – a interpretação da natureza jurídica de cada crédito para que este possa ser corretamente inserido no bojo do Plano de Recuperação Judicial.

Desta forma, oportuno destacar que o enquadramento da verba oriunda de indenização nos moldes dos artigos 949 e 950 do código Civil, pelas razões acima expostas, se assemelha ao crédito decorrente de honorários advocatícios, tendo em vista que ambos os créditos possuem origem em norma de natureza cível.

No que concerne a natureza alimentar dos honorários advocatícios e a sua inclusão na classe I do Plano de Recuperação Judicial, referido entendimento já está pacificado pela jurisprudência pátria, mormente a firmada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Isso porque, inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça acolheu o entendimento acerca do tema ao julgar o Recurso Especial – REsp n. 1.152.218/RS, pelo rito de julgamento de recursos repetitivo (definido no artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973), hipótese em que analisou a questão no âmbito da falência, senão vejamos:

[...] os créditos resultantes de honorários advocatícios, sucumbenciais ou contratuais, tem natureza alimentar e equiparam-se aos trabalhistas para efeito de habilitação em falência, seja

<sup>15</sup> Definida pelo doutrinador francês Laurent como: “l’interprète est réellement l’esclave de la loi, en ce sens qu’il ne peut pas opposer sa volonté à celle du législateur”. (LAURENT apud FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica* [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Parte I, Cap. 2.

<sup>16</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Congresso Nacional, DF. Disponível em: <https://cutt.ly/ukExOou>. Acesso em: 05 nov. 2019.



pela regência do Decreto-Lei n. 7.661/1945, seja pela forma prevista na Lei n. 11.101/2005, observado o limite de valor previsto no artigo 83-I do referido Diploma Legal.<sup>17</sup>

Desta forma, seguindo a posição do Superior Tribunal de Justiça, o crédito referente aos honorários advocatícios devido pela massa falida deve ser incluído no Quadro-Geral de Credores, obedecendo a preferência legal prevista no art. 83, I da Lei nº 11.101/05.

Apesar do referido julgamento tratar especificamente da hipótese de classificação dos honorários advocatícios com créditos de classe I (de natureza alimentar) no processo de falência, é de grande valia asseverar a possibilidade da extensão do entendimento jurisprudencial acima à Recuperação Judicial, ou seja, conferir tratamento aos honorários advocatícios como créditos pertencentes à classe I também no processo recuperacional, porquanto o texto normativo inserido no artigo 83, inciso I da Lei de Recuperações e Falência possui a mesma redação daquele posto no artigo 41, inciso I da mesma lei – conforme abaixo se reproduz:

Art. 41. A assembleia-geral será composta pelas seguintes classes de credores:

I – titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho;

[...]

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;<sup>18</sup>

E, neste sentido, O Colendo Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a matéria em questão, decidiu de forma a determinar que os honorários advocatícios devem ter o mesmo tratamento das verbas trabalhistas no âmbito da recuperação judicial – vide o ementado no Recurso Especial n. 1.377.764/MS:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DESPEJO E COBRANÇA DE ALUGUEIS. CUMPRIMENTO DE

<sup>17</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial – REsp nº 1.152.218/RS. Corte Especial. Relator Min. Luis Felipe Salomão. DJ 07/05/2014. Brasília, DF: 09 de outubro de 2014. Disponível em: <https://cutt.ly/1kE-chH2>. Acesso em: 05 nov. 2019.

<sup>18</sup> BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, Congresso Nacional. Disponível em: <https://cutt.ly/QkEclwG>. Acesso em: 05 nov. 2019.

SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. NATUREZA ALIMENTAR. EQUIPARAÇÃO A CRÉDITOS TRABALHISTAS. SUJEIÇÃO À RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

1- Os honorários advocatícios cobrados na presente ação não podem ser considerados créditos existentes à data do pedido de recuperação judicial, visto que nasceram de sentença prolatada em momento posterior. Essa circunstância, todavia, não é suficiente para excluí-los, automaticamente, das consequências da recuperação judicial.

2- O tratamento dispensado aos honorários advocatícios - no que refere à sujeição aos efeitos da recuperação judicial - deve ser o mesmo conferido aos créditos de origem trabalhista, em virtude de ambos ostentarem natureza alimentar.

3- O Estatuto da Advocacia, diploma legal anterior à atual Lei de Falência e Recuperação de Empresas, em seu art. 24, prevê a necessidade de habilitação dos créditos decorrentes de honorários advocatícios quando se tratar de processos de execução concursal.

4- Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1377764/MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 29/08/2013)<sup>19</sup>

Trata-se de imposição lógica e hermenêutica da própria Lei n. 11.101/2005 externada na decisão anteriormente firmada, impondo uma interpretação teleológica, sistemática e extensiva da norma no sentido de que os honorários advocatícios devem ser incluídos na classe I do Plano de Recuperação Judicial.

Impende destacar que ambas as decisões do Superior Tribunal de Justiça supracitadas têm por fundamento basilar a natureza alimentar dos honorários advocatícios, da mesma forma que as verbas trabalhistas, cabendo equiparar ambos, seja na hipótese de recuperação judicial (artigo 41, inciso I da Lei n. 11.101/2005) e também na falência (artigo 83, inciso I da Lei de Recuperações e Falência).

Retornando à questão da pensão alimentícia vitalícia e repetindo a já apresentada natureza jurídica de verba alimentar da referida indenização, resta inequívoco que o tratamento desta

<sup>19</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial – REsp nº 1.377.764/MS. Terceira Turma. Relatora Min. Nancy Andrighi. DJ 20/08/2013. Brasília, DF: 29 de agosto de 2013. Disponível em: <https://cutt.ly/YkEvqRs>. Acesso em: 05 nov. 2019.



no âmbito do Plano de Recuperação Judicial deve ser o mesmo empregado às verbas trabalhistas e aos honorários de advogado, tendo em vista sua natureza alimentar.

Mister destacar que o próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ – decidiu da forma mencionada acerca da pensão alimentar vitalícia fixada em sentença (em decorrência de processo para determinação da responsabilidade civil do agente causador do dano face à vítima), consoante se extrai do recente julgamento do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial – AgInt no AREsp n. 1.302.078/DF, em 02 de setembro de 2019, vide a ementa do referido recurso:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.

1. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CRÉDITO DE NATUREZA ALIMENTAR. EQUIPARAÇÃO A CRÉDITO TRABALHISTA. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA CORTE ESPECIAL NO JULGAMENTO DOS EDCL NOS ERESP 1.351.256/PR. SÚMULA N. 83/STJ. 2. EQUIPARAÇÃO DE CRÉDITOS CONCERNENTES A PENSIONAMENTO FIXADO EM SENTENÇA JUDICIAL ÀQUELES DERIVADOS DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA PARA FINS DE INCLUSÃO NO QUADRO GERAL DE CREDORES DE SOCIEDADE EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE. 3. IMPUGNAÇÃO À CLASSIFICAÇÃO DO CRÉDITO. LITIGIOSIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS. 4. EXCESSO NO VALOR ARBITRADO A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ALEGAÇÃO NÃO CARACTERIZADA. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. 5. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. Os créditos resultantes de honorários advocatícios têm natureza alimentar e equiparam-se aos trabalhistas para efeito de habilitação em falência, tese firmada em recurso especial representativo da controvérsia pela Corte Especial, por ocasião do julgamento do REsp 1.152.218/ES. Súmula 83 do STJ.

2. Os créditos concernentes a pensionamento fixado em sentença judicial podem ser equiparados àqueles derivados da legislação trabalhista para fins de inclusão no quadro geral de credores de sociedade em recuperação judicial. Precedente. [...]

5. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 1302078/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA,

julgado em 02/09/2019, DJe 10/09/2019)<sup>20</sup>

Oportuno destacar trecho do voto do Ministro Relator Marco Aurélio Bellizze, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na oportunidade de julgamento do recurso supracitado, in verbis:

Em julgamento recente, a Terceira Turma deste Superior Tribunal concluiu que créditos de natureza alimentar, ainda que não decorram especificamente de relação jurídica submetida aos ditames da legislação trabalhista, devem receber tratamento análogo para fins de classificação em processos de execução concursal.<sup>21</sup>

Ainda e sobre os fundamentos que levaram o C. Superior Tribunal de Justiça a interpretar os créditos decorrentes de pensionamento oriundo de responsabilidade civil como de natureza alimentar, salutar reproduzir trecho do acórdão de origem consubstanciado no voto do Eminente Relator, in verbis:

Ocorre que, se a legislação permite compreender que o acidente ocorrido a caminho do trabalho ou de seu retorno é caracterizado como “acidente do trabalho”, existindo evidente privilégio em relação à vítima ou de sua família, com mais razão deve ser garantido o direito da vítima, mesmo não sendo empregado, que sofreu danos diante do risco da atividade profissional exercida por outrem.

Assim, se ao empregado acidentado há que se reconhecer privilégio, não há coerência em excluir da proteção legal daquele que foi vitimado em razão do exercício da própria atividade empresarial. Ressalte-se que a atividade interpretativa existe para buscar o sentido das normas mais próximo da realidade atual, já que seria impossível o legislador prever todos os acontecimentos e situações passíveis de ocorrer.<sup>22</sup>

Desta forma, ante a demonstração da natureza alimentar do pensionamento alimentício

<sup>20</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno em Agravo em Recurso Especial – AgInt no AREsp nº 1.302.078/DF. Terceira Turma. Relator Min. Marco Aurélio Bellizze. DJ 02/09/2019. Brasília, DF: 10 de setembro de 2019. Disponível em: <https://cutt.ly/ekEvAz8>. Acesso em: 05 nov. 2019.

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno em Agravo em Recurso Especial – AgInt no AREsp nº 1.302.078/DF. Terceira Turma. Relator Min. Marco Aurélio Bellizze. DJ 02/09/2019. Brasília, DF: 10 de setembro de 2019. Disponível em: <https://cutt.ly/0kEbogN>. Acesso em: 05 nov. 2019.



vitalício, sendo necessária a interpretação teleológica, sistemática e extensiva da norma jurídica disposta no artigo 41, inciso I da Lei de Recuperações e Falências), que já fora empregada pelo Superior Tribunal de Justiça, restando evidente que a pensão vitalícia deve ser incluída na classe I do Plano de Recuperação Judicial, tendo em vista se equiparar às verbas trabalhistas, de acidente de trabalho e aos honorários advocatícios na condição de verbas alimentares e, portanto, inseridas na Classe I.

Uma vez definida a natureza do crédito oriundo de pensionamento vitalício como consequência de condenação judicial por responsabilidade civil, cabe, na sequência, tratar da forma de pagamento das parcelas vencidas e vincendas no âmbito do Plano de Recuperação Judicial, ante a necessária previsão de como a empresa recuperanda irá saldar os débitos de tal natureza na consecução do procedimento de Recuperação Judicial.

## **5. DA PREVISÃO DE PAGAMENTO DAS PARCELAS VENCIDAS E VINCENDAS À TÍTULO DE PENSÃO VITALÍCIA NO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

A priori análise da forma de pagamento do crédito acima – pensão mensal vitalícia – cumpre destacar que, com o deferimento do pedido de Recuperação Judicial, haverá a automática suspensão do curso de ações e execuções, assim como a perda da pretensão, que tramitam em desfavor do devedor, senão vejamos o disposto no artigo 6º, § 4º da Lei nº 11.101/05, a saber:

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 dos credores particulares do sócio solidário. [...]

§ 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.

Por seu turno, a Lei de Recuperação Judicial e Falências estatui em seu artigo 49 que estão “sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não

vencidos”, constatando-se que os débitos posteriores ao deferimento do processamento da Recuperação Judicial não se sujeitam aos efeitos do pedido formulado pelo devedor.

Ocorre que a obrigação de pensionamento vitalício, custeado mês a mês pela Recuperanda, decorre de uma obrigação desta para com a vítima ou seus beneficiários (seja através de uma sentença judicial ou mesmo de acordo extrajudicial homologado, ou não), cujo fato gerador – responsabilidade civil – exsurge em decorrência da atividade empresarial da Recuperanda.

Desta feita, quando do aforamento do pedido de Recuperação Judicial, poder-se-á haver créditos vencidos e não pagos, assim como créditos vincendos, no que atine à obrigação da Recuperanda quanto ao adimplemento das prestações mensais (pensionamento vitalício).

Ao se adotar uma interpretação filológica (gramatical) do texto normativo acima exposto obter-se-ia a conclusão de que somente as parcelas (crédito) vencidas na data do pedido de Recuperação Judicial se sujeitariam ao plano.

Não obstante, algumas decisões proferidas seguem nesse sentido, senão vejamos:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – DECISÃO QUE INDEFERIU A SUSPENSÃO DA COBRANÇA DO CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA – CRÉDITO POSTERIOR AO DEFERIMENTO DO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL QUE NÃO SE ENCONTRA POR ELA ABRANGIDO – SUSPENSÃO DA MORA QUE NÃO SE JUSTIFICA – DECISÃO AGRAVADA QUE FOI EXPRESSA AO PROIBIR A VENDA OU RETIRADA DOS BENS ESSENCIAIS A CONTINUIDADE DA ATIVIDADE EMPRESARIAL PELO PERÍODO DE 180 DIAS – INCIDÊNCIA DO ARTIGO 49, § 3º, DA LEI Nº 11.101/05. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. Apenas os créditos anteriores ao pedido de recuperação judicial estão sujeitos ao plano de recuperação. Assim, o consumo de energia elétrica posterior ao deferimento da recuperação judicial não se sujeita aos seus efeitos. 2. Não é permitida a venda ou a retirada dos bens essenciais a atividade empresarial e indispensáveis à recuperação da empresa, nos termos do artigo 49, § 3º, da Lei nº 11.101/05. (TJPR – 17.ª C. Cível – AI n. 1.400.097-2 – Rel. Ademir Ribeiro Richter – J. 06/Jul/2016)<sup>23</sup>

23 PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de Instrumento nº 1.400.097-2. Décima Sétima Câmara Cível. Relator: Juiz Ademir Ribeiro Richter. DJ 06/07/2016. Curitiba, PR: 15 de julho de 2016. Disponível em: <https://cutt.ly/skEbbS2>. Acesso em: 07 nov. 2019.



E citado entendimento se baseia no argumento de que a obrigação “nasce” para a Recuperanda quando do vencimento da prestação pecuniária fixada, o que atrairia ao Plano de Recuperação Judicial somente as prestações que estavam vencidas quando da propositura do pedido recuperacional, ignorando a última parte do caput do art. 49 da Lei nº 11.101/05.

Contudo, referido posicionamento se revela demasiadamente simplista, porquanto analisa somente a obrigação sob a ótica cível, e não sob o prisma da Recuperação Judicial, qual seja do momento em que o crédito é considerado existente.

Isto é, o crédito para fins concursais – a ser incluído na Recuperação Judicial – deve ter sua origem, seu nascimento, em data anterior à distribuição da Petição Inicial de Recuperação Judicial, ainda que somente a posteriori se venha a apurar o quantum devido pela Recuperanda.

Ou seja, o marco para se definir a concursabilidade do crédito não é a data em que se torna líquido, e sim quando da sua origem.

Neste desiderato, o crédito oriundo de pensionamento vitalício, e que será englobado na Recuperação Judicial, deverá decorrer de fato e ato jurídicos anteriores ao protocolo da Petição Inicial de Recuperação Judicial.

É sabido que os efeitos da obrigação de pensionamento vitalícios são de trato sucessivo ou mesmo diferidos no tempo, ou seja, a obrigação existe ainda que esta não seja exigível quando do pedido de Recuperação Judicial, ao que atrai ao caso o previsto no art. 49 da Lei de Recuperação Judicial e Falência.

Como visto, os créditos derivados de pensionamento vitalício poderão – à data do pedido de Recuperação Judicial – conter prestações vencidas e vincendas (por ser de trato sucessivo).

No tocante às prestações vencidas e diante da natureza alimentar do crédito advindo de pensionamento vitalício, uma vez que será inscrito na classe I (artigo 41, inciso I da Lei 11.101/2005), o correlato pagamento deverá ocorrer na forma do artigo 53 da Lei de Recuperações e Falência.

Assim, os créditos derivados da legislação trabalhista, de acidentes do trabalho e aqueles a ele equiparados – à exemplo do crédito decorrente de pensionamento vitalício e os honorários

advocatícios – e já vencidos à data da distribuição do pedido de Recuperação Judicial, o respectivo pagamento não poderá exceder o prazo de um ano contado da concessão da Recuperação Judicial.

Cumprido destacar que a Recuperanda deve pagar os créditos de natureza estritamente salarial, até o limite de cinco salários-mínimos nacionais e vencidos nos três meses anteriores ao pedido, no prazo de trinta dias contados da concessão da Recuperação Judicial, haja vista o caráter eminentemente alimentar.

Neste espectro dispõe o artigo 54 da Lei 11.101/2005, in verbis:

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 acidente 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 aos pedido de recuperação judicial.<sup>24</sup>

Já no que concerne às prestações vincendas quanto ao pensionamento vitalício, leia-se aquelas que se vencerão após o pedido de Recuperação Judicial deverão, em vista do caráter alimentar (e de subsistência) do crédito, deverão ser pagos em periodicidade mensal, desde que assim estipulado no Plano de Recuperação Judicial.

Nesta senda, Fábio Ulhôa Coelho escolia que: “[...] o plano pode estabelecer quaisquer condições para as obrigações trabalhistas que se vencerem após a distribuição do pedido de recuperação judicial”.<sup>25</sup>

Portanto, o legislador ordinário conferiu aos créditos trabalhistas um tratamento diferenciado para os demais créditos que compõe a Recuperação Judicial, notadamente em vista do caráter alimentar, e, neste desiderato, a jurisprudência pátria

<sup>24</sup> BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, Congresso Nacional. Disponível em: <https://cutt.ly/AkEbZtM>. Acesso em: 05 nov. 2019.

<sup>25</sup> COELHO, Fábio Ulhôa. Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas (Lei n. 11.101/2005). 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 231-232.



e parte da doutrina buscaram equipararam determinados créditos aos trabalhistas, e pertencentes à classe I, a exemplo de como ocorre com os honorários advocatícios e a pensão mensal vitalícia, conforme fora tratado neste Artigo.

Por derradeiro e em virtude da natureza eminentemente alimentar da pensão mensal vitalícia, o Plano de Recuperação Judicial deve abordar uma forma de pagamento especial para o referido crédito, mormente pelas circunstâncias que o originou, assim como por se tratar de valores destinados à subsistência do credor.

## 6. CONCLUSÃO

Diante do exposto nas linhas acima é forçoso concluir que a Lei de Recuperações e Falência – que entrou em vigor no ano de 2005 –, e, por via correlata, substituiu o Decreto-Lei 7.661/1945, representou um avanço ao promover ao empresário ou a sociedade empresária, em transitório estado de crise econômica e/ou financeira, um mecanismo estatal com o fito de buscar o seu soerguimento/recuperação.

Assim, a Lei em regência está enraizada nos princípios da preservação e função social da empresa, dentre outros, e, desta forma e com o processo de Recuperação Judicial busca não apenas “recuperar o empresário ou a empresa devedora”, mas também a preservação dos empregos (diretos e indiretos), o recolhimento de tributos, a circulação da economia, conferindo incentivo à atividade econômica para que, por meio da continuidade da exploração da atividade empresarial, o devedor logre êxito quanto ao pagamento dos credores.

Ocorre que não são todos os credores estão abrangidos pelo procedimento recuperacional, em que pese o artigo 49 da Lei 11.101/2005 estatuir que “estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos”, o parágrafo terceiro do artigo em baila exclui o 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 compra e venda com reserva de domínio.

Ainda estão excluídos os créditos extraconcursais (artigo 67 da Lei 11.101/2005) e o

crédito tributário – exceto o crédito fiscal/dívida não tributária – na forma do artigo 187 do Código Tributário Nacional.

Excetuadas as hipóteses legais outrora mencionadas, os créditos que aderirão ao processo de Recuperação Judicial são aqueles considerados “existentes” na data em que é protocolizada a Petição Inicial de Recuperação Judicial, ainda que o crédito não esteja vencido, isto é, os créditos vencidos e vincendos, desde que existam à época do pedido recuperacional.

Particularmente no que se refere ao crédito advindo de pensão vitalícia oriundo de sinistro automobilístico causado pelo(s) preposto(s) da Recuperanda, sendo certo que é um crédito concursal, buscou-se neste Artigo tratar da inclusão do citado crédito como integrante da Classe I, e não da Classe III, no Plano de Recuperação Judicial, conferindo-lhe status de crédito alimentar, ainda que por equiparação aos créditos derivados de contrato de trabalho ou de acidente de trabalho, na forma do artigo 41, inciso I da Lei de Recuperações e Falência.

Ao fim e ao cabo, em razão da natureza estritamente alimentar da pensão mensal vitalícia, o Plano de Recuperação Judicial deve abordar uma forma de pagamento especial para o referido crédito, principalmente no que tange aos créditos vincendos (vencidos após o pedido de Recuperação Judicial), mormente pelas circunstâncias que o originou, assim como por se tratar de valores destinados à subsistência do credor.

## 7. REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Congresso Nacional, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, Congresso Nacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, Congresso Nacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm)>.



\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno em Agravo em Recurso Especial – AgInt no AREsp nº 1.302.078/DF. Terceira Turma. Relator Min. Marco Aurélio Bellizze. DJ 02/09/2019. Brasília, DF: 10 de setembro de 2019. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201801295009&dt\\_publicacao=10/09/2019](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201801295009&dt_publicacao=10/09/2019)>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial – AgInt no REsp n. 1.793.713/DF. Terceira Turma, Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino. DJ 08/04/2019. Brasília, DF: 15 de abril de 2019. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201900286918&dt\\_publicacao=15/04/2019](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201900286918&dt_publicacao=15/04/2019)>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial – REsp nº 1.152.218/RS. Corte Especial. Relator Min. Luis Felipe Salomão. DJ 07/05/2014. Brasília, DF: 09 de outubro de 2014. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo\\_pesquisa=T&sg\\_classe=REsp&num\\_processo\\_classe=1152218](http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1152218)>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial – REsp nº 1.377.764/MS. Terceira Turma. Relatora Min. Nancy Andrighi. DJ 20/08/2013. Brasília, DF: 29 de agosto de 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201300970410&dt\\_publicacao=29/08/2013](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201300970410&dt_publicacao=29/08/2013)>.

COELHO, Fábio Ulhôa. Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas (Lei n. 11.101/2005). 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

COSTA, Daniel Carnio. A perícia prévia em recuperação judicial de empresas – Fundamentos e aplicação prática. Coluna Insolvência em Foco: Portal Migalhas, out. 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/InsolvenciaemFoco/121,MI277594,41046>>.

\_\_\_\_\_. O critério tetrafásico de controle judicial do plano de recuperação judicial. Coluna Insolvência em Foco: Portal Migalhas, out. 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/InsolvenciaemFoco/121,MI267199,41046>>.

FRANÇA, R. Limongi. Hermenêutica jurídica [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JÚNIOR, Nelson. Código civil comentado [livro eletrônico]. 3. ed. São Paulo: Thomson

Reuters Brasil, 2019.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de Instrumento nº 1.400.097-2. Décima Sétima Câmara Cível. Relator: Juiz Ademir Ribeiro Richter. DJ 06/07/2016. Curitiba, PR: 15 de julho de 2016. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12188954/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1400097-2>>.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil, v. 2: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017.



# A PRESERVAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL ATRAVÉS DA LEI 11.101/2005

## THE PRESERVATION OF THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL ECONOMIC ORDER THROUGH BRAZILIAN FEDERAL STATUTE NO. 11.101/2005

Igor Maestrelli Zarnicinski\*  
Luan Nogueira Saltori\*\*

### RESUMO

O presente artigo busca demonstrar como a Lei de Recuperação de Empresas e Falências densifica a ordem econômica constitucional brasileira e auxilia a perpetuação do sistema econômico capitalista brasileiro, dentro do Estado Democrático Social de Direito pelo qual se optou com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Faz-se breve exposição quanto à relação entre direito constitucional e economia, e analisa-se a função social e econômica da Lei 11.101/2005.

### Palavras-chave

Direito Constitucional. Direito Falimentar. Ordem Econômica Constitucional. Recuperação judicial e falências. Sistemas econômicos.

### ABSTRACT

*This paper intends to demonstrate how the Brazilian Federal Bankruptcy and Reorganization*

\* Mestrando em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Advogado licenciado. Estagiário de pós-graduação junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Endereço eletrônico: <igormzar@gmail.com>.

\*\* Especializando em Direito Societário em FAE Business School. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Membro da Comissão de Estudos sobre Recuperação Judicial e Falência da OAB/Paraná. Advogado no Setor Empresarial em Advocacia Felipe e Isfer. Endereço eletrônico: <lsaltori@gmail.com>

*Statute densifies the Brazilian constitutional economic order and facilitates the maintenance of the Brazilian capitalist economic system, under the Democratic Social Rule of Law which was chosen by the Brazilian Constitution of 1988. The relationship between constitutional law and economics is briefly studied, and then the social and economic role of the Brazilian Federal Statute no. 11.101/2005 is analyzed.*

### Keywords:

*Constitutional Law. Bankruptcy Law. Constitutional Economic Order. Reorganization and bankruptcy. Economic systems.*

## 1 INTRODUÇÃO

Há uma relação íntima entre direito e economia que, muitas vezes, passa despercebida pelos juristas. O conjunto de normas jurídicas, o ordenamento e as formas jurídicas servem de mediadores para as relações econômicas concretas realizadas pelas pessoas em sociedade. Todavia, sistemas econômicos não são produzidos ao acaso, não são gerados espontaneamente: sua arquitetura é, no mais das vezes, pensada e desenhada com propósitos específicos em mente.

É assim na atual economia brasileira. O constituinte brasileiro em 1988 poderia, em tese, ter optado por qualquer sistema econômico imaginável – afinal, o poder constituinte originário é ilimitado, como se sabe. Todavia, verificamos que o constituinte originário optou por um sistema econômico específico, dentro do qual atualmente vivemos, atuamos, realizamos trocas, criamos riqueza, transformamos o mundo.

O legislador infraconstitucional, como poder constituído, densifica as disposições constitucionais e lhes dá maior detalhamento, facilita sua consecução. Além, o legislador também deve possuir preocupação e cuidado com a manutenção da ordem jurídico-política anteriormente estabelecida, ou seja, deve ter compromisso com a manutenção da estrutura constitucional. A ordem econômica de uma sociedade é parte integrante de sua formatação sociopolítica e, assim, também deve ser preservada pela legislação infraconstitucional.

Nesse sentido, o presente artigo busca demonstrar como há uma relação de retroalimentação positiva entre a ordem econômica constitucional – tal qual instituída pela Constituição da



República de 1988 – e a Lei 11.101/2005, Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Isto porque a referida lei permite a perpetuação do regime econômico capitalista pelo qual se optou em 1988, a ser mantido dentro dos limites de um Estado Democrático Social de Direito.

Para tanto, analisar-se-á, primeiramente, a relação que há entre direito constitucional e economia. Posteriormente, se fará breve incursão nos diferentes sistemas econômicos contemporâneos, para então se examinar a ordem econômica constitucional brasileira atual. Após, será analisado o direito falimentar brasileiro na vigência do Decreto-Lei 7.661/45 e sua superação paradigmática pela Lei 11.101/2005. Finalmente, se discorrerá quanto à preservação do regime econômico constitucional através do direito da insolvência contemporâneo, em especial através de seus princípios.

## 2 A ECONOMIA E A CONSTITUIÇÃO

### 2.1 DECISÕES POLÍTICAS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO E A ECONOMIA

O presente artigo busca abordar como a opção econômica constitucional é densificada pela legislação infraconstitucional, em um movimento de retroalimentação positiva. Em outros termos, a Constituição garante fundamentação e validade normativa à lei infraconstitucional – no caso ora discutido, em específico, a Lei 11.101/2005 – que, por sua vez, consolida e operacionaliza os desígnios constitucionais.

Todavia, para analisar corretamente o fenômeno exposto, é necessário que se faça e um breve trajeto conceitual, a fim de tornar coerente a análise apresentada. Em se considerando a escolha metodológica por tratar da “opção econômica constitucional”, cumpre um questionamento inicial: qual é a relação entre direito constitucional e economia, e como os conceitos (e as realidades positivas a que eles aludem) dialogam entre si? Quanto à constituição, em uma aproximação inicial, pode-se dizer que:

“As regras fundamentais de estruturação, funcionamento e organização do poder, não importa o regime político nem a forma de distribuição da competência aos poderes estabelecidos, são, por conseguinte, a matéria do Direito Constitucional.” (BONAVIDES, 2016, p. 38).

Conclui-se, portanto, que a constituição é a lei fundamental da ordem jurídica e lhe dá estrutura

em seus elementos mais basilares. Nesse sentido, há uma ideia material de constituição, correspondente a essas normas fundamentais de “composição e funcionamento da ordem política” (BONAVIDES, 2016, p. 80). É uma tarefa árdua, contudo, identificar quais seriam as normas de conteúdo materialmente constitucional.

Nada obstante, dispõe a doutrina que “as normas fundamentais a respeito da estruturação, organização e exercício do poder”, os “direitos e garantias fundamentais” e as “normas sobre a garantia da constituição” (SARLET et al., 2018) são elementos componentes do direito materialmente constitucional quanto aos quais se há consenso.

Caracterizadas estas noções básicas de direito constitucional, cumpre abordar de forma breve o conceito de constituição material e contrastá-lo com o conceito de constituição formal. A constituição formal seria tão somente a reunião de textos formais a que se denomina “Constituição”, um conjunto de normas veiculadas por escrito, geralmente em um documento único.

A constituição material e a constituição formal não necessariamente correspondem. Há normas que não são materialmente constitucionais e estão, porém, consagradas e inseridas dentro da constituição formal, que tende a ter maior rigidez que a legislação ordinária e a ser mais difícil de ser alterada. Em um exemplo mais concreto: a Constituição brasileira atual é analítica, extensa, trata de múltiplos temas, porém nem todas as normas na Constituição brasileira formal são normas materialmente constitucionais.

A constituição material, inclusive, independe da existência de uma constituição formal. Neste sentido, cabe apontar o que dizem Sarlet, Marinoni e Mitidiero:

“A constituição material, além disso, não depende sequer necessariamente de uma constituição formal, já pelo fato de que em sentido material [...] todo e qualquer Estado possui (e sempre teve) uma constituição no sentido de um conjunto de regras (escritas ou não) sobre o modo de estruturação, organização e exercício do poder político e da vida social, no sentido de uma institucionalização jurídica do poder.” (SARLET et al., 2018).

Expostos os conceitos em tela, cumpre abordar como normas de cunho econômico exercem função central na organização do poder político e da vida social, embora este não seja o objetivo final do presente artigo. É uma conclusão inevitável, porém – a ordem econômica



constitucional é central, em verdade, para a estruturação política de cada sociedade.

Passa-se então a uma breve exposição quanto à noção de economia e seu relacionamento com o direito. Quanto à economia, tem-se que:

“[O] conceito de Economia surge, exatamente, quando se conjugam essas duas observações cruciais [...] da vivência quotidiana de cada um: a) as necessidades, além de serem em grande número, expandem-se indefinidamente; b) os recursos para o seu atendimento são, em maior ou menor grau, limitados, finitos, em uma palavra, escassos.” (NUSDEO, 2005, p. 30).

A escassez de recursos é um problema que foi enfrentado por diversas sociedades de forma distinta, heterogênea. Em regra, são criadas instituições, relações sociais que estabeleçam “um padrão decisório coerente” (NUSDEO, 2005, p. 30) para a alocação desses recursos finitos, destinando-os a determinados fins. A ideia de economia e as ideias de escolha e opção estão intimamente entrelaçadas — há mesmo quem diga que o estudo da economia é, na verdade, o estudo da escolha humana racional.

Nesta linha, pode-se dizer que “[e]conomia é o estudo da escolha racional, isto é, a escolha feita com base em um cálculo deliberado e sistemático da extensão máxima em que os fins podem ser atingidos através do emprego de meios inevitavelmente escassos”<sup>1</sup> (CHANG, 2015, p. 17).

Para Nusdeo (2005), há uma íntima relação entre direito e economia. É uma relação intensa, de entrelaçamento, superposição e conjunção. Isto porque “os fatos econômicos são o que são e se apresentam de uma dada maneira em função direta de como se dá a organização ou normatização [...] a presidir a atividade desenvolvida [...] num dado espaço físico” (p. 31).

Assim, é fácil concluir que a economia terá um funcionamento muito diverso em um regime político autocrático ou em um regime político democrático, por exemplo. Similarmente, é possível concluir que os parâmetros que informam a escolha racional do agente econômico serão diferentes em cada uma dessas situações. Nesse sentido, cabe ressaltar o que diz Carl Landauer:

<sup>1</sup> Tradução livre de: “Economics is a study of rational choice, that is, choice made on the basis of deliberate, systematic calculation of the maximum extent to which the ends can be met by using inevitably scarce means”.

“[C]omo a economia funcionará de forma muito diferente, dependendo de ser democrático ou autocrático o poder que o Estado tem de dar ordens, os sistemas econômicos não podem ser estudados sem referência ao sistema político. Inversamente, como o poder econômico pode ser usado para finalidades políticas, qualquer estudo de um sistema político que não considere o sistema econômico será, na melhor das hipóteses, superficial.” (LANDAUER apud DANTAS, 1995, p. 59).

Havendo tal importância fundamental da economia para a ordem política (e jurídica) de um Estado (e vice-versa), cabe discorrer em maior detalhe no tocante aos diferentes sistemas econômicos contemporâneos e suas especificidades.

## 2.2 SISTEMAS ECONÔMICOS

A adoção de um sistema econômico não é uma decorrência direta da existência do Estado. Os historiadores costumam registrar o nascimento do Estado moderno no século XVI, na maior antecedência, ou no século XVII, no mais tardar:

“Sobre o momento do surgimento do Estado moderno, a maioria dos historiadores atuais considera que isso ocorreu em meados do século XVI, dividindo-se a minoria restante entre os que retardam para o XVII a sua ocorrência e os que a antecipam para o século XV, atribuindo aos Estados italianos do quattroceto o mérito da primazia”. (FLORENZANO, 2007, p. 16).

Durante este período de surgimento e consolidação do Estado pode-se observar que a doutrina econômica dominante era o mercantilismo — posicionamento econômico diverso dos sistemas econômicos que marcaram o século XX:

“MERCANTILISMO. Doutrina econômica que caracteriza o período histórico da Revolução Comercial (séculos XVI–XVIII), marcado pela desintegração do feudalismo e pela formação dos Estados Nacionais. Defende o acúmulo de divisas em metais preciosos pelo Estado por meio de um comércio exterior de caráter protecionista”. (MERCANTILISMO, 1999, p. 383).

Desta forma, o Estado moderno em seus primórdios convivia com — e estimulava — uma doutrina ou um modelo econômico muito específico: o mercantilismo.

Posteriormente, o Estado será fator chave na implantação dos dois grandes sistemas



econômicos da contemporaneidade: o sistema econômico descentralizado, dito também de economia de mercado, ou de autonomia, e o sistema econômico centralizado, dito também centralizado, ou de autoridade. Quanto às especificidades dos dois grandes sistemas econômicos contemporâneos, tem-se que:

“Dadas as limitações dos recursos produtivos e do nível tecnológico, as nações procuram organizar sua economia a fim de resolverem os problemas de o que, quanto, como e para quem produzir de forma eficiente, isto é, com o menor desperdício possível. De certa maneira, são duas as formas de organização econômica: 1. descentralizada (ou economia de mercado), do tipo ocidental; 2. centralizada, do tipo cubano ou chinês”. (RIZZIERI, 2017, p. 15).

Fábio Nusdeo (2005), por sua vez, alega a existência não de dois, mas de três modelos básicos de sistemas econômicos: o sistema de tradição, o sistema de autoridade e o sistema de autonomia. Esta classificação parece preencher uma lacuna da anterior, em verdade, pois organização econômica descentralizada e organização econômica centralizada são categorias que se referem essencialmente a sociedades industriais, pós-industriais ou às vésperas da industrialização – e há, por óbvio, sociedades que não se amoldam a essas classificações, cujo sistema econômico pode ser definido como tradicional, entrando nessa categoria “tribos de índios americanos, aborígenes da Austrália, grupos africanos, aldeões do Oriente Médio [...], esquimós” (NUSDEO, 2005, p. 108).

De todo modo, quanto ao sistema de autoridade/centralizado, tem-se que sua principal característica é “a justaposição, ou melhor, a coincidência dos planos decisórios político e econômico, nas sociedades que o adotam. Ou seja, as decisões econômicas, pelo menos as de caráter básico, são avocadas pelo poder político e nele centralizadas” (NUSDEO, 2005, p. 108).

Desta forma, há uma apropriação dos bens econômicos de produção pela coletividade como um todo, através do poder político, o que acaba por estabelecer o Estado como central e última instância de tomada de decisões. É a autoridade política, portanto, a engrenagem central no sistema, seu fator de coerência interna.

No que concerne ao sistema descentralizado/de autonomia/de economia de mercado, tem-se que sua característica básica, ao menos em tese, é “a separação total dos planos decisórios político e econômico, ou seja, enquanto o Estado circunscreve-se ao primeiro deles, as decisões econômicas, próprias do segundo, estarão entregues aos particulares, aos cidadãos”

(NUSDEO, 2005, p. 116).

Pelas razões aduzidas, conclui-se que o regime em questão é de autonomia: os cidadãos, individual ou coletivamente – reunidos em sociedades, em cooperativas ou em sindicatos, por exemplo – agem como centros decisórios econômicos independentes, são agentes econômicos autônomos. Este sistema de autonomia corresponde ao que se chama de capitalismo – uma palavra, entretanto, que se tornou carregada de significados diversos, e imersa em forte disputa político-conceitual. Observe-se como Ha-Joon Chang define o conceito de capitalismo:

“Mas então o que é a economia capitalista, ou capitalismo? É uma economia em que a produção é organizada em busca de lucro, em vez de [ser organizada] para o próprio consumo (como na agricultura de subsistência, em que você planta a própria comida) ou para obrigações políticas (como em sociedades feudais ou em economias socialistas, em que autoridades políticas, respectivamente aristocratas e a autoridade de planejamento central, lhe dizem o que produzir)”.<sup>2</sup> (CHANG, 2015, p. 27).

Feita esta breve introdução à relação entre direito e economia e aos múltiplos sistemas econômicos possíveis, passa-se a analisar a ordem econômica constitucional adotada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

### 2.3 A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL E OS PRINCÍPIOS ECONÔMICOS CONSTITUCIONAIS

José Afonso da Silva sintetiza bem a relação entre o regime político brasileiro contemporâneo e o sistema econômico correspondente, ambos estabelecidos através da Constituição. Argumenta o doutrinador que a Carta “incorpora princípios da justiça social e do pluralismo. Assim, o modelo é de uma democracia social, participativa e pluralista. Não é, porém, uma democracia socialista, pois o modelo econômico adotado é fundamentalmente capitalista” (SILVA, 2012, p. 146).

Para fundamentar o seu entendimento, Afonso da Silva faz menção ao artigo 5º da Constituição,

<sup>2</sup> Tradução livre de: “So what is the capitalist economy, or capitalism? It is an economy in which production is organized in pursuit of profit, rather than for own consumption (as in subsistence farming, where you grow your own food) or for political obligations (as in feudal societies or in socialist economies, where political authorities, respectively aristocrats and the central planning authority, tell you what to produce”.



em seus incisos XXII<sup>3</sup> e XXIII<sup>4</sup>. Embora o artigo 5º e seus incisos encontrem-se na redação constitucional sob o Título II, Capítulo I (“Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”), os dispositivos em questão não tratam realmente de simples e puras garantias individuais.

Em verdade, ambos os incisos supramencionados escapam à esfera individual e ao âmbito do direito privado, na medida em que tratam de normas que instituem a ordem econômica constitucional e as relações econômicas daí decorrentes (SILVA, 2012). Esta constatação torna-se mais clara ao notarmos que o artigo 170 da Constituição afirma novamente, em seus incisos II e III, a propriedade privada e a função social da propriedade como princípios da ordem econômica.

Ainda, a preocupação com o sistema econômico a nível constitucional não é um mero arroubo de prolixidade da Constituição analítica promulgada em 1988 – isto porque o constitucionalismo foi desde o início ferramenta crucial para o estabelecimento de economias de mercado. Veja-se o que afirma Fábio Nusdeo:

“[T]odo sistema econômico além do pressuposto psicológico-comportamental e da mecânica própria de funcionamento, que o definem como modelo, exige para a sua implantação concreta um conjunto de instituições detalhadamente trabalhadas e consistentes entre si. No caso da economia de mercado, a partir do último quartel do século XVIII, isso se deu segundo duas etapas sucessivas: o movimento constitucionalista e, logo após, o de codificação do Direito Privado nos países de tradição romano-germânica”. (NUSDEO, 2005, p. 131–132).

Por vezes, diz-se que o liberalismo clássico do século XVIII defendia tão somente a ausência do Estado do âmbito econômico, a não-intervenção, na toada do mote *laissez faire, laissez passer*. Nas palavras de Egon Bockmann Moreira (2006, p. 105), “[a] lógica que orientava as relações do Estado com a economia era de uma racionalidade substitutiva: ou um ou outro, assegurando-se o domínio econômico como território exclusivo das pessoas privadas”. Todavia, esta ausência do Estado do âmbito econômico era apenas superficial, de certa forma, pois a própria consagração constitucional de certas garantias orientava o funcionamento da economia para uma direção bastante específica – a da economia de mercado –, não necessariamente já existente ou natural.

Assim, para Fábio Nusdeo (2005, p. 140), “[a]penas aparentemente as constituições clássicas

3 Art. 5º [...] XXII – é garantido o direito de propriedade.

4 Art. 5º [...] XXIII – a propriedade atenderá a sua função social.

eram omissas em matéria econômica, pois, ao garantirem a propriedade privada, a liberdade de exercício das profissões e a livre contratação, estavam deitando as bases de um sistema de mercado”. Não por acaso, também a Constituição da República de 1988 garante a propriedade privada (como já assinalado), a liberdade de exercício das profissões<sup>5</sup> e a livre contratação, extraível da leitura conjunta do art. 5º, incisos II, XVIII, XVIII, XIX e XX do texto constitucional.

É forçoso concluir, do conjunto de disposições apresentadas, que a orientação da ordem econômica constitucional brasileira é de fato capitalista – ordem esta que não reside tão somente no Título VII da Constituição, ressalte-se, mas que se espalha ao longo do texto constitucional.

Não obstante, verifica-se que o constituinte de 1988 não adotou um modelo de “capitalismo liberal ‘puro’, conformado segundo uma escola liberal clássica [...] ou neoclássica [...] – e muito menos neoliberal” (MOREIRA, 2006, p. 106), por um conjunto de razões distintas.

De início, há muito se sabe que o sistema de preços sob uma economia de mercado não é perfeito – existem as chamadas “falhas de mercado”, isto é, falhas no funcionamento da economia de mercado que “impedem-na de atingir suas metas: eficiente alocação dos recursos escassos; distribuição justa da renda [...]; estabilidade dos preços [...] e crescimento econômico” (RIZZIERI, 2017, p. 18).

A consequência de se constatar a ocorrência de falhas de mercado é que, “[e]scorraçado da economia pelos postulados do liberalismo, o poder público dele saiu pela porta da frente, mas acabou por ingressar gradualmente pela porta dos fundos” (NUSDEO, 2005, p. 167). Além da justificativa atinente às falhas do mercado para algum grau de intervenção do Estado na economia, há também o importante papel exercido pela doutrina econômica da social-democracia, pela noção de Estado do Bem-Estar e das “constituições programa” daí decorrentes, em oposição às “constituições garantia” do liberalismo clássico.

Neste sentido, discorre Gloria Regonini, em Dicionário de Política organizado por Norberto Bobbio, informando que o “Estado do bem-estar (Welfare State) [...] pode ser definido, à primeira análise, como Estado que garante ‘tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo o cidadão, não como caridade, mas como direito político” (REGONINI, 1999, p. 416).

5 Art. 5º [...] XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;



Por óbvio, os novos objetivos aos quais o Estado se direciona implicam uma nova formatação jurídica das constituições. Sobre a matéria, novamente, cita-se Fábio Nusdeo:

“As Leis Magnas agora são vistas mais como constituições programa, por explícita ou implicitamente assinarem alguns objetivos ou metas para as comunidades às quais se dirigem ou então preverem que tais metas venham a ser periodicamente estabelecidas, através, por exemplo, de planos tendentes a materializar aspirações tais como o bem-estar, o desenvolvimento, a justiça social, a existência digna, o atendimento às necessidades básicas e assim por diante”. (NUSDEO, 2005, p. 204–205).

Nesta toada é que a Constituição da República Federativa do Brasil se classifica como uma constituição programa, que erige um Estado Democrático Social de Direito e celebra “deveres de implementação e compreensão de uma Constituição Econômica voltada à celebração da dignidade da pessoa humana; da justiça social e do pleno emprego” (MOREIRA, 2006, p. 106).

Em que pese o cunho social da Carta, contudo, reitera-se que a ordem econômica brasileira é uma ordem econômica capitalista. A decisão econômica fundamental realizada pelo constituinte, ainda, é densificada na legislação infraconstitucional – a título de exemplo, basta observar que as trocas econômicas nesse sistema capitalista são mediadas pelas formas jurídicas do Código Civil, como o negócio jurídico ou, mais especificamente, o contrato.

Expostos os necessários conceitos acerca da Constituição e da ordem econômica por ela estabelecida, cabe analisar qual o papel do direito de insolvência na narrativa exposta. Para tanto, antes que se adentre de forma específica na Lei 11.101/2005, cumpre a breve contextualização da legislação que a antecedeu.

### **3 A LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIA E A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL**

#### **3.1 A SUPERAÇÃO PARADIGMÁTICA DO DECRETO-LEI 7.661/45**

Como já exposto, antes de promover a discussão acerca da interpretação da atual Lei de Recuperação de Empresas e Falência (Lei 11.101/2005), é recomendável que se faça uma

contextualização histórica do direito da crise empresarial nos anos anteriores à entrada em vigor da nova legislação.

Por escolha puramente metodológica, limitar-se-á a análise normativa ao Decreto-Lei 7.661/1945, legislação que precedeu diretamente à Lei 11.101/2005. No entanto, destaca-se que o ordenamento brasileiro já possuía normativas próprias tratando do direito de “Quebras” – como a falência pela cessação de pagamentos e a concessão de concordata suspensiva – desde o Código Comercial de 1850.

Ultrapassada esta breve explicação, necessário esclarecer que o Decreto-Lei 7.661/1945 tem o seu surgimento em um contexto pós-guerra, momento em que ganhava força “a ideia de uma nova ordem mundial, livre do autoritarismo ditatorial dos países derrotados” (MACHADO, 2005, p. 21).

Significa dizer, assim, que a normativa insere-se no escopo de um cenário global marcado por duas guerras mundiais, graves crises industriais e conhecidos desastres financeiros (FAZZIO JUNIOR, 2019, p. 7). Muito por conta das questões mencionadas, o Decreto-Lei 7.661/1945 entrou em vigor com foco especial nos mecanismos de satisfação dos interesses dos credores e da preservação de certa segurança jurídica, através dos institutos da falência e da concordata.

A falência detinha papel de destaque na normativa, podendo ser desencadeada a partir da impontualidade no adimplemento de obrigações ou da configuração de determinadas condutas que eram então consideradas como indícios de insolvência (BERTOLDI; RIBEIRO, 2015, p. 499), devidamente previstas no art. 2º do Decreto-Lei mencionado.

Os métodos de concordata previstos no Título X do antigo diploma, por sua vez, estabeleciam um instituto jurídico a ser utilizado para proporcionar certa espécie de manutenção da atividade empresarial, através de mecanismos preventivos ou suspensivos do estado de liquidação da empresa.

Embora o Decreto-Lei supracitado tenha trazido avanços e inovações se comparado com as normativas anteriores, aos poucos foi possível constatar um descompasso entre a norma e as necessidades presentes na sociedade. A natureza de liquidação do então regime de insolvência suscitava críticas por parte de aplicadores do direito, que ressaltavam a



necessidade de transformação da norma vigente, para que fossem protegidos – além dos interesses dos credores – também os objetivos sociais e públicos envolvidos nas crises empresariais.

Nesta toada, os institutos da falência e da concordata, por si só, mostraram-se defasados na medida em que não ofereciam ao então comerciante – ora denominado de empresário – uma forma adequada de colocar em prática o princípio da conservação da empresa, intrinsecamente vinculado à manutenção da fonte de empregos e até mesmo da arrecadação do Estado.

Já em 1974, em plena vigência do referido Decreto-Lei, Rubens Requião destacava, em conferência realizada no Instituto dos Advogados Brasileiros, que a empresa constituía um “cadinho onde efervescem múltiplos interesses”, incluindo aí a classe trabalhadora, bem como os tributos para a manutenção do Estado e os lucros para os investidores. Assim, o direito da insolvência não deveria se preocupar exclusivamente com a impaciência do “cobrador de dívidas”. Em oposição, argumentava o doutrinador:

“Se a empresa insolvente tem condições de recuperação ou restauração, esse deve ser o desiderato do Estado, através do instituto falimentar. O tema da recuperação econômica da empresa insolvente, sob o controle judicial, contraposta à álgida e insensível liquidação falimentar à outrance, constitui, sem dúvida, o mais fascinante tema do Direito Falimentar atual”. (REQUIÃO, 2003, p. 3).

Também Jorge Lobo, já em 1991, defendia a necessidade de nova lei brasileira de reorganização da empresa que pudesse prever um processo de recuperação da empresa, capaz de se orientar por considerações de ordem econômica e não só de natureza processual. Destacava o autor, já à época, a insuficiência do instituto da concordata preventiva para enfrentar os diversos problemas da insolvência (LOBO, 1991, p. 11).

Com efeito, gradualmente foi se tornando imperativa a necessidade de oferecer uma possibilidade de recuperação às empresas em situação pré-falimentar. Isto porque a atividade empresarial saudável deveria ser resguardada como atividade de interesse social acentuado, em especial por constituir polo produtivo da economia nacional (BEZERRA FILHO, 2019, p. 56).

Os anos que antecederam a promulgação da Lei 11.101/2005, assim, foram marcados pela necessidade de alterar o paradigma vigente. A manutenção do Decreto-Lei 7.661/1945 promoveria, ao fim e ao cabo, a extinção de fontes de produção, geradoras de empregos, de créditos, de tributos, de gerência social e de fortalecimento da economia brasileira (MACHADO, 2005, p. 22).

De forma contraposta, destacava a doutrina que a transformação do direito concursal traria resposta mais eficaz à necessidade de se estabilizar o mercado, atendendo por consequência aos interesses econômicos da coletividade (FAZZIO JUNIOR, 2019, p. 7–8). O que se discutia, assim, era a possibilidade de preservação da atividade empresarial com todas as suas benesses para o meio social.

Neste sentido, após décadas de pressão da coletividade jurídico-empresarial para uma reforma da legislação concursal, tendo em vista que os interesses do direito da insolvência ultrapassam o binômio devedor-credor (SCALZILLI, 2018, p. 131), é que houve a promulgação da Lei de Recuperação de Empresas e Falências, sob o n. 11.101/2005.

Contextualizado brevemente o período que precedeu a legislação, cumpre enfim analisar os valores e princípios que regem a atual lei para então demonstrar a relação entre a norma e a perpetuação do modo de reprodução capitalista exposto no tópico anterior.

### 3.2 A PRESERVAÇÃO DO REGIME ECONÔMICO CONSTITUCIONAL PELOS PRINCÍPIOS DA LEI 11.101/2005

Como exposto nos tópicos anteriores, o modelo econômico adotado pelo ordenamento brasileiro atual é fundamentalmente capitalista, focado na obtenção do lucro, embora incorpore princípios de justiça social e pluralismo. Nesta linha de pensamento, a exploração de atividades econômicas é atribuída primordialmente à iniciativa privada, cabendo ao Estado apenas o exercício de função supletiva.

Contudo, ao estipular esse modo de funcionamento, a Constituição Federal também abre espaço para a criação de um regime jurídico e legislativo específico que possibilite a exploração econômica pela iniciativa privada. Em outros termos, pode-se dizer que:

“[S]e, ao capitalista, a ordem reserva a primazia na produção, deve cuidar para que ele possa



desincumbir-se, plenamente, dessa tarefa. Caso contrário, ou seja, se não houvesse um regime jurídico específico para a exploração econômica, a iniciativa privada permaneceria inerte e toda a sociedade sofreria com a estagnação da produção dos bens e serviços indispensáveis à satisfação de suas necessidades.” (COELHO, 2016, p. 47).

Assim sendo, a pré-existência de uma constituição que adote princípios do capitalismo é pressuposto básico para a existência do direito comercial. Nesta toada, como já mencionado, o texto constitucional garante a livre-iniciativa e a livre-competição, fornecendo condições para a preservação da ordem econômica constitucional de uma empresa saudável.

Vale dizer, a Constituição da República de 1988 foi marco legislativo que consolidou uma ordem econômica capitalista fundada nos pressupostos da valorização do trabalho humano, bem como na livre-iniciativa, com o intento de assegurar a todos existência digna e, em última análise, uma determinada forma de justiça social.

Nada obstante, o que se pretende demonstrar é que, para além da incidência em momentos de atividade empresarial saudável, os axiomas mencionados também deverão influenciar a legislação superveniente à Carta no que diz respeito aos momentos de dificuldades da empresa. Isto é, a ordem econômica constitucional prevista na Constituição da República – e, por consequência, o modo de produção capitalista como um todo – encontrará respaldo também na legislação concernente ao direito da insolvência. Sobre a matéria, eis o que aponta o Professor Edson Isfer:

“[Q]uando da promulgação da Lei 11.101, de 09.02.2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária (LRE), verificou-se a profunda preocupação na vinculação entre o instituto da recuperação da empresa e o ditame constitucional”. (ISFER, 2006, p. 1).

Seguindo a linha argumentativa exposta, em paráfrase de Montesquieu, o doutrinador Manoel Justino Bezerra Filho aduz que é necessário observar casos particulares subordinando-os aos princípios formulados pelas leis. Assim, prossegue o autor, para que seja possível realmente compreender o propósito da Lei 11.101/2005, é necessário localizar o seu princípio mais basilar, o axioma que rege a lei e que a si subordina os seus diversos artigos (BEZERRA FILHO, 2019, p. 45).

O debate a respeito dos princípios regentes da Lei 11.101/2005 pode ser evidenciado, inclusive, no relatório elaborado pelo Senador Ramez Tebet, enquanto a normativa era ainda o Projeto de Lei 71/2003. Ao analisar a proposição de lei apresentada, o então Relator da Comissão de Assuntos Econômicos – CAE emitiu o Parecer 534, documento profundamente imbricado em estudos do direito empresarial, em que enunciou doze princípios adotados para embasarem a sua interpretação do PLC 71/2003, posteriormente transformado na Lei de Recuperação de Empresas e Falência.

Neste ponto, cabe ressaltar que princípios podem ser considerados como normas que estabelecem direitos e deveres de diversas ordens, bem como trazem consigo um viés de parcialidade e funcionam como pauta interpretativa para as demais regras previstas em determinado diploma legislativo (SCALZILLI, 2018, p. 123).

O primeiro princípio indicado pelo Senador Ramez Tebet, consolidado no artigo 47 da Lei 11.101/2005<sup>6</sup>, é o conceito de preservação da empresa, levando em conta a sua função social. Destacou o Relator, em seu Parecer, que é a empresa fonte geradora de riqueza econômica, emprego e renda, que contribui para o crescimento e o desenvolvimento social do país.

O princípio, porém, não é único, e convive com diversos outros: proteção aos trabalhadores, retirada da empresa inviável do mercado, celeridade e segurança jurídica, participação ativa dos credores, tratamento paritários entre credores etc.

A exposição de motivos do Senador reflete aquilo que aqui se expõe. A preservação da atividade economicamente viável gera riqueza, bem como cria emprego e renda, contribui para o desenvolvimento da economia. Em outras palavras, diante da importância da empresa enquanto célula essencial da economia de mercado e cumpridora de função social, é o princípio da preservação da empresa que atua como base da Lei 11.101/2005. A busca pelo seu atingimento, desta forma, é atividade que deve perpassar a interpretação de todos os demais dispositivos da Lei. (SCALZILLI, 2018, p. 124).

É preciso ressaltar, entretanto, que o mero termo “preservação da empresa”, sem

<sup>6</sup> Lei 11.101/2005, 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.



contextualizações adicionais, não passa de um conceito vazio, desprendido de significado. Daí a necessidade de estabelecer um viés interpretativo para os princípios firmados pela Lei 11.101/2005.

E, em razão das disposições constitucionais já abordadas, conclui-se que a legislação sobre o direito da insolvência merece análise através de uma perspectiva capitalista. Em outros termos, deve a norma ser interpretada em observância aos princípios constitucionais que norteiam o livre exercício da atividade econômica. Em última análise, é a busca por uma economia de mercado em uma democracia social, participativa e pluralista que deverá nortear a aplicação dos dispositivos legais da Lei de Recuperação de Empresas e Falência.

Nesta linha, não se fala aqui da preservação cega da fonte produtora exclusivamente para obtenção de lucro ao empresário ou aos credores. O que a Lei visa é a manutenção da empresa enquanto fonte de trabalho, enquanto parceira comercial dos credores, e como atividade econômica empresária organizada que gera o desenvolvimento da economia ao passo em que cumpre com a sua função social (BEZERRA FILHO, 2019, p. 166).

Conclui-se, assim, que a preservação da empresa é princípio densificador do modo de produção capitalista, consolidado na ordem econômica constitucional.

Sobre a matéria, o Professor Edson Isfer ressalta que “nosso regime jurídico-político e social é o Capitalismo. Sendo assim, qualquer valoração que vá se outorgar à norma em questão, tem que considerar, como modo de neutralizar sua instabilidade, essa ideologia.” (ISFER, 2006, p. 36).

Prossegue o doutrinador, ressaltando que há princípios norteadores inseridos na ideologia capitalista para garantir a liberdade do exercício da atividade econômica, como a função social da propriedade, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, etc. E conclui, em irretocável síntese:

“[A] LRE tem como diretriz não a recuperação de uma determinada empresa, mas a sanidade do mercado, em sua totalidade, mediante o que se pode chamar de reprodução do modo de produção capitalista, o qual preservará as atividades que lhe sejam de interesse e extirpará aquelas que não lhes sirvam à manutenção. E isso só é possível por meio da conjugação dessa ideologia com o valor que se empreste à questão da função social da propriedade-

empresa”. (ISFER, 2006, p. 38).

O que se percebe, então, é um valor social intrínseco à empresa em funcionamento. É essa a interpretação que se dá, a título de exemplo, à sua função social, que não deve ser reduzida à simples promoção de ações propositivas visando a redução de desigualdades locais.

Em oposição, a função social provém da exploração da atividade comercial da empresa, que promove interações econômicas com outros polos. Ao exercer a sua atividade, a empresa compra, vende, paga salários e tributos e conseqüentemente ajuda no desenvolvimento da comunidade em que está inserida; cria e, ao seu modo, distribui riqueza. (SCALZILLI, 2018, p. 124). Trata-se da função social interpretada, portanto, em obediência à ordem econômica constitucional.

Conjuga-se, então, a “declaração de princípios” prevista no artigo 47 da Lei 11.101/2005 (BEZERRA FILHO, 2019, p. 63) com a reprodução do modo capitalista. A legislação do direito da insolvência, antes tão preocupada em consolidar uma nova economia mundial, viu-se agora intimamente ligada ao paradigma fundado pela Constituição de 1988.

Neste mesmo sentido, o Professor Assis Gonçalves Neto destaca que a Constituição da República adotou os princípios da livre iniciativa, a construção de uma sociedade mais justa, a liberdade de trabalho, ofício e profissão e a defesa dos direitos do consumidor. Ainda, ao regular a atividade econômica, garantiu a propriedade privada dos meios de produção, a livre concorrência, a defesa do meio-ambiente e a busca do pleno emprego. Deste conjunto paradigmático de disposições, aponta o doutrinador, extrai-se o princípio constitucional implícito da preservação da empresa, como forma de assegurar seu cumprimento. A conclusão alcançada, enfim, é de que todas as disposições configuram esteios do regime capitalista e liberal adotado (GONÇALVES NETO, 2017, p. 68).

No contexto delineado, a crise da empresa deve ser vista como um elemento natural do capitalismo, em verdade:

“[E]ssencial é reconhecer que a empresa é uma organização social que não se exaure na figura do empresário ou dos credores, envolvendo fornecedores, trabalhadores, consumidores e a comunidade, cujos interesses devem ser ponderados pela regulação jurídica ao cuidar de sua crise. Nessa linha, constituem um grande avanço os arts. 47 e 75 da LRE, ao reconhecerem a importância da empresa e ao estabelecerem os objetivos da recuperação judicial e da falência



em coerência com a sua função social”. (MUNHOZ in CEREZETTI, 2015, p. 268).

Em oposição ao Decreto-Lei anterior, vê-se aqui uma preocupação genuína com a superação da crise econômico-financeira. Há uma tutela da atividade empresarial para auxiliar nos obstáculos que surgirem e eventualmente promover o retorno da empresa ao mercado, mantendo a economia saudável.

Por todo o exposto, é possível concluir que a Lei 11.101/2005, além de preservar a empresa – e justamente por isso – também atua como mecanismo destinado a fundamentar a escolha do constituinte na definição de um regime econômico capitalista.

Como se viu, a Constituição da República de 1988 não adotou um modelo econômico liberal “puro”. Em oposição, a Carta optou pelo modo de produção capitalista ciente da existência de possíveis falhas no funcionamento da economia de mercado. Por esta razão, se torna especialmente relevante que a legislação infraconstitucional cumpra a função de sanear eventuais vícios na ordem econômica constitucional.

Os próprios princípios fundantes da Lei 11.101/2005 já expressam a preocupação com a preservação da atividade empresarial em momentos de dificuldades, proporcionando a manutenção de empregos, o desenvolvimento da economia, a preservação dos interesses públicos e privados. Uma legislação destinada, em ultima ratio, à perpetuação da ideologia optada pelo Constituinte para o ordenamento jurídico e econômico nacional.

Percebe-se, então, que a Lei 11.101/2005 atua, ao fim e ao cabo, como um mecanismo de reprodução do regime econômico constitucional. Há uma dialética entre o modelo econômico adotado e a legislação sobre o direito de insolvência, entre a Constituição Federal e a Lei 11.101/2005. Um sistema de retroalimentação, enfim, entre a escolha feita pelo constituinte e os princípios que norteiam a recuperação das empresas e a falência na contemporaneidade.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Atualmente, muito se tem discutido a respeito da capacidade da Lei 11.101/2005 de dar conta das mais diversas problemáticas que surgiram desde sua concepção até o cenário contemporâneo. A crise de grandes proporções causada pelo vírus do COVID-19 parece ter exacerbado parcela das objeções a respeito da lei, eis que há constante preocupação,

por parte de aplicadores do direito, quanto à eventual necessidade de realizar alterações legislativas para minimizar os efeitos econômicos negativos diretos ou indiretos decorrentes da pandemia.

O presente artigo não pretende negar ou mesmo minimizar quaisquer eventuais falhas da legislação, da forma como está hoje posta, em fornecer efetivas soluções efetivas às empresas que se encontram em dificuldades financeiras.

Todavia, se por um lado, as insuficiências da lei podem e devem ser expostas, o que se pretendeu demonstrar é que os princípios que fundamentam a legislação estão de pleno acordo com a ordem econômica estabelecida pela Constituição da República de 1988. Isto é, o modo de produção capitalista, com suas características intrínsecas, é amparado pela Lei 11.101/2005.

A tutela jurídica conferida à insolvência da empresa, portanto, fornece balizas de interpretação legislativa que matizam e aprofundam a ordem econômica posta pelo texto constitucional. De forma específica, a busca pela função social, pela preservação da empresa, manutenção da fonte de empregos e obediência aos interesses da coletividade visam, ao fim, neutralizar eventuais incoerências e fragilidades do modo de produção que sustenta a nação e parcela significativa da economia mundial.

Assim sendo, o direito da crise empresarial – como foi exposto – é um dos instrumentos jurídicos criados sob a Constituição de 1988 que auxilia a perpetuar a ordem econômica constitucional que foi escolhida. Desta forma, o capitalismo dentro do Estado Democrático Social de Direito brasileiro, amparado pelos institutos da recuperação de empresas e da falência, funciona de maneira mais estável e harmoniosa; seus momentos críticos são atenuados, têm impactos menos graves.

É evidente que há a necessidade de se discutir a alteração da legislação. Se a sociedade não é estática, o direito deve acompanhá-la em seus avanços. No entanto, há sempre que se ter em mente que a Lei 11.101/2005 retroalimenta a Constituição da República. Assim, qualquer reforma que se faça deve ser analisada a partir do viés dos princípios já constituídos, para que se preserve o crucial vínculo estabelecido entre o capitalismo e o direito da insolvência.



## REFERÊNCIAS

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla P. **Curso avançado de direito comercial**. 9. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência**: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 14. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 12 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 23 set. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto consolidado até a Emenda Constitucional n.º 99/2017. [Sem edição]. Brasília/DF: Secretaria de Editoração e Publicações do Senado Federal, 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei 7.661, de 21 de Junho de 1945**. Lei de falências revogada. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 de julho de 1945. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del7661.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del7661.htm)> Acesso em 23 set. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 09 fev. 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm)>. Acesso em 23 set. 2020.

CEREZETTI, Sheila C. N. **A Recuperação judicial de sociedade por ações** — o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência. São Paulo, Malheiros, 2012.

CHANG, Ha-Joon. **Economics: The User's Guide**. [Sem edição]. New York, London: Bloomsbury Press, 2015.

CLASTRES, Pierre. **A Sociedade Contra o Estado: pesquisas de antropologia política**. Edição Cosac Naify Portátil. 2 reimpr. São Paulo: Cosac Naify, 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**: direito de empresa. 28. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DANTAS, Ivo. O Econômico e o Constitucional. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 200, abr./jun. 1995, p. 55–69.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FLORENZANO, Modesto. Sobre as origens e o desenvolvimento do Estado moderno no Ocidente. **Revista Lua Nova**. São Paulo, n. 71, 2007, p. 11–39.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**. 7. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

GREMAUD, Amaury Patrick et al.; PINHO, Diva Benevides (org.); VASCONCELLOS, Marco Antonio S. de (org.); TONETO JR., Rudinei (org.). **Manual de Economia**: equipe de professores da USP. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ISFER, Edson. **Sociedade de propósito específico como instrumento de recuperação de empresas**. Tese de doutorado, 2006, Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível no acervo digital da Universidade Federal do Paraná, em: <[https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/3769/edson\\_final.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/3769/edson_final.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em 23 set. 2020.

LANDAUER, Carl. **Sistemas Econômicos Contemporâneos**: Volume 1, Uma Análise Comparativa. [Sem edição]. [Sem local de publicação]: Zahar Editores, 1966, apud DANTAS, Ivo. O Econômico e o Constitucional. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 200, abr./jun. 1995, p. 55–69.

LOBO, Jorge. **A crise da empresa: a busca de soluções**. **Revista dos Tribunais**. Vol. 668/1991. p. 35 – 46. Junho de 1991.



MACHADO, Rubens A (coord.). **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MERCANTILISMO, in: SANDRONI, Paulo (org.). **NOVÍSSIMO DICIONÁRIO DE ECONOMIA**. 1 ed. São Paulo: Editora Best Seller, 1999, p. 383–384.

MOREIRA, Egon Bockmann. Os Princípios Constitucionais da Atividade Econômica. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. Curitiba, v. 45, [sem número], 2006, p. 103–111. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v45i0.8751>>. Acesso em 21 set. 2020.

MUNHOZ, Eduardo S. Financiamento e Investimento na Recuperação Judicial. In: CERZETTI, Sheila C. N. **Dez anos da lei n. 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência**. São Paulo: Almedina, 2015.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

REGONINI, Gloria. Estado do Bem-Estar, in: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 12 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 416–419.

REQUIÃO, Rubens. **A crise do direito falimentar brasileiro** – reforma da Lei de Falências. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. Vol. 20. p. 199. Abr/2003.

RIZZIERI, Juarez Alexandre Baldini. **Introdução à Economia**, in: GREMAUD, Amaury Patrick et al.; PINHO, Diva Benevides (org.); VASCONCELLOS, Marco Antonio S. de (org.); TONETO JR., Rudinei (org.). **Manual de Economia: equipe de professores da USP**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. Versão e-book (formato EPUB). São Paulo: Saraiva Educação, 2018, não paginada.

SCALZILLI, João Pedro. **Recuperação de empresas e falência. Teoria e prática na Lei 11.101/2005**. São Paulo: Almedina, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.



# SEGURANÇA JURÍDICA DO ATO ASSEMBLEAR: A ALTERAÇÃO DO VOTO DO CREDOR NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

## LEGAL SECURITY OF MEETING ACTS: CHANGES TO CREDITORS VOTES UPON JUDICIAL RECOVERY PROCEDURES

Oksandro Osdival Gonçalves\*  
Thalita Almeida\*\*

### RESUMO

O artigo trata da possibilidade de o credor alterar seu voto proferido em sede de deliberação assemblear no bojo de uma recuperação judicial, regulada pela Lei nº 11.101/2005. A hipótese é de que, apesar de não haver expressa proibição legal, não é possível ao credor promover alteração do voto que proferiu no conclave, sob pena de, assim fazendo, esvaziar a segurança jurídica da qual deve se revestir uma assembleia. O método utilizado é o indutivo, respaldado pela análise de três casos concretos da primeira e segunda instâncias do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. A pesquisa também se apoiou em pesquisa bibliográfica documental. Conclui-se que, havendo fundada justificativa para que referido credor altere seu voto, será possível anular o ato assemblear para se convocar nova assembleia geral de credores.

### PALAVRAS-CHAVE

Lei nº 11.101/2005; Assembleia geral de credores; Voto; Vontade real; Segurança Jurídica.

\* Pós-Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor Permanente do PPGD (Mestrado/Doutorado) da PUC do Paraná. Professor Titular de Direito Comercial da Escola de Direito da PUC do Paraná; oksandro@oksandro.adv.br.

\*\* Mestre em Direito Empresarial pela UERJ/RJ. Professora convidada da Pós-Graduação Advocacia Empresarial do CEPED da UERJ/RJ. Advogada e Consultora nas áreas de Direito Empresarial e Contencioso Cível; thalita.almeida@bastostigre.adv.br.

### ABSTRACT

The article deals with the possibility of a creditor changing its stated vote on the meeting deliberation pertinent to judicial recovery procedure, regulated by Law n. 11.101/2005. The assumption is, despite inexistence of an express legal prohibition, it is not possible for the creditor to promote changes to the vote stated upon the meeting, lest the legal security which must surround a general creditor's meeting be impaired. The inductive method is used, supported by the analyses of three concrete cases arising from the District Court and from the Court of Appeals of São Paulo Court of Justice. The research is also supported by documentary bibliographical research. The conclusion points to the sense that, there being grounded justification for said creditor to alter its vote, it shall be possible to void the meeting act, so that a new general creditors' meeting be called.

**KEYWORDS:** Law n. 11.101/2005; General creditors' meeting; Vote; Actual wish; Legal security.

### SUMÁRIO

#### INTRODUÇÃO

1. ASSEMBLEIA-GERAL DE CREDITORES: ÓRGÃO DELIBERANTE
2. O FENÔMENO DAS ASSEMBLEIAS VIRTUAIS EM TEMPOS DE PANDEMIA
3. A ALTERAÇÃO DO VOTO DO CREDOR NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL
  - 3.1 Alteração de voto manifestada em razão de equívoco cometido pelo credor: erro material na emissão de vontade
  - 3.2 Alteração do voto do credor, seja em razão de equívoco material ou de alteração da sua vontade, depois de encerrado o conclave, mas antes da lavratura da ata
  - 3.3 Alteração do voto do credor depois de encerrado o conclave e lavrada a ata
  - 3.4 Alteração do voto do credor depois de encerrado o conclave e lavrada a ata, por determinação do Poder Judiciário
- CONSIDERAÇÕES FINAIS
- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### INTRODUÇÃO

O presente artigo trata da possibilidade de o credor alterar o voto proferido depois de encerrada a deliberação assemblear, em sede de processo de recuperação judicial, regulado pela Lei nº 11.101/2005 ("LRF"). A hipótese a ser enfrentada é de que, apesar de não haver



expressa proibição legal, não é possível ao credor promover alteração do voto que proferiu no conclave, depois de encerrada a deliberação assemblear, sob pena de assim fazendo esvaziar a segurança jurídica da qual deve se revestir uma assembleia geral de credores.

O método utilizado é o indutivo, com respaldo da análise de três casos concretos originários da primeira e segunda instâncias do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. A pesquisa também se apoiou em pesquisa bibliográfica documental.

Na primeira parte, discorre-se sobre a evolução histórica das assembleias de credores. Na sequência, discorre-se sobre a realização de assembleias virtuais, que se tornaram cada vez mais comuns, especialmente durante a pandemia causada pelo potencial contagioso do coronavírus. Na sequência, tratar-se-á dos três casos concretos utilizados como paradigmáticos para a discussão ora proposta.

A conclusão se dá no sentido de que havendo alteração fundamentada do voto do credor e considerando a solenidade e a segurança jurídica que devem permear o ato assemblear, será necessário convocar nova assembleia-geral de credores (“AGC”) para que os votos sejam mais uma vez coletados e computados na forma da lei, não se admitindo uma correção ou ressalva posterior que tenha o condão de alterar o resultado obtido no conclave.

## **1. ASSEMBLEIA-GERAL DE CREDITORES: ÓRGÃO DELIBERANTE**

Ao analisar a evolução histórica da legislação falimentar, será possível verificar que o ato assemblear sempre se fez presente como meio de deliberação e manifestação da vontade dos credores.

É de conhecimento ordinário que a recuperação judicial somente foi incorporada no ordenamento jurídico brasileiro com a edição da vigente Lei nº 11.101/2005. Não obstante, as revogadas legislações falimentares já previam a existência de um órgão composto por credores para deliberar sobre o destino da sociedade empresária em crise econômica. O Código Comercial brasileiro de 1850, consignava um Título inteiro em sua Parte Terceira, destinada ao tratamento das quebras, ao regramento da reunião de credores e da concordata.

Nos termos do art. 842<sup>1</sup> daquele diploma, ultimado o processo da quebra, os credores do falido seriam convocados pelo juiz para, em dia e hora certas, se reunirem. O concílio teria por objetivos (i) a verificação dos créditos; (ii) eventual deliberação sobre concordata, quando o falido a propusesse; e (iii) deliberar sobre a formação de contrato de união.

Posteriormente, o Decreto 917, de 24 de outubro de 1890, que reformou o Código Comercial de 1850, também previa a reunião dos credores (art. 38, 39, 111 etc) para tratar da concordata e da moratória. Em seguida, editou-se a Lei n, 859, de 16 de agosto de 1902, que também previa a reunião dos credores mantendo-se a questão em torno da deliberação sobre a concordata, basicamente. Segue-se, então, o Decreto n. 4855, de 2 de junho de 1903, que, na seção V, passa a tratar de forma mais detalhada da convocação e reunião dos credores, que se dava na falência e na concordata. Em 1909, edita-se a Lei n 2024 que também previa uma assembleia de credores (Título VI) para tratar da falência e da concordata. Finalmente, o Decreto-lei n. 5746, de 1929, substituiu a legislação anterior e também previa a assembleia de credores, no artigo 100, título VI, especialmente para questões relacionadas a falência e concordata.

Depois dessas legislações, o Decreto-Lei nº 7.661/1945, previu importantes funções para o conclave dos credores. Segundo o art. 122, os credores do empresário insolvente tinham a aptidão de deliberar sobre a liquidação. Nos termos do dispositivo, os credores representantes de mais de ¼ (um quarto) do passivo podiam requerer a convocação de assembleia que deliberasse sobre o modo de realização do ativo. Além disso, cabia à assembleia de credores deliberar sobre a concordata suspensiva em sociedade anônima, nos moldes previstos no art. 135.

Na legislação falimentar vigente, a função da assembleia geral de credores foi estruturada e regulamentada de forma minuciosa, vez que uma seção do diploma foi inteiramente destinada

<sup>1</sup> Art. 842 - Ultimada a instrução do processo da quebra, o Juiz comissário, dentro de oito dias, fará chamar os credores do falido para em dia e hora certa, e na sua presença se reunirem, a fim de se verificarem os créditos, se deliberar sobre a concordata, quando o falido a proponha, ou se formar o contrato de união, e se proceder à nomeação de administradores. (Vide Decreto-Lei nº 7.661, 1945)

O chamamento a respeito dos credores conhecidos será por carta do escrivão, e aos não conhecidos por editais e anúncios nos periódicos: e nas mesmas cartas, editais e anúncios se advertirá, que nenhum credor será admitido por procurador, se este não tiver poderes especiais para o ato (art. 145), e que a procuração não pode ser dada a pessoa que seja devedora ao falido, nem um mesmo procurador representar por dois diversos credores (art. 822).



a tratar dessas atribuições da assembleia, nos termos do art. 35<sup>2</sup>.

Rápida análise dos termos do art. 35 da LRF, permite concluir que na recuperação judicial, a assembleia de credores assume as atribuições de (i) aprovar, rejeitar ou modificar o plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor; (ii) constituir comitê de credores; (iii) deliberar sobre eventual pedido de desistência do devedor, (iv) deliberar sobre o nome do gestor judicial, quando o devedor é afastado da administração; e, por fim, (v) deliberar sobre qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores.

Tem-se, portanto, que a assembleia de credores é o órgão máximo de deliberação na recuperação judicial, nos termos da LRF. É no âmbito dessa reunião que serão decididas as matérias que afetem os interesses dos credores, bem como é definida a aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor.

Com efeito, para a maior parte da doutrina, a recuperação judicial tem natureza contratual, pois opera uma novação das obrigações do devedor através de uma negociação com os credores. É por meio da AGC que os credores declaram sua vontade, funcionando a Assembleia como órgão deliberante:

Por isso, em nossa visão, o instituto da recuperação judicial deve ser visto com a natureza de um contrato judicial, com feição novativa, realizável através de um plano de recuperação, obedecidas, por parte do devedor, determinadas condições de ordem objetiva para sua implementação. A perfectibilidade do acordo não exige a manifestação unânime das vontades dos credores, sendo suficiente sua formação entre o devedor e uma maioria legalmente estabelecida de credores, capaz de obrigar a minoria. A massa de credores é quem declara a sua vontade, através do órgão deliberante: a assembleia geral de credores. E isso se justifica porque o fim do processo de recuperação judicial deve ser único para todos, pois a relação processual que se estabelece é única.<sup>3</sup> (Grifo nosso)

2 Art. 35. A assembleia-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.

3 CAMPINHO, Sérgio. Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial. 7. ed. Rio

O escólio de Sérgio Campinho é relevante porque confere a exata dimensão que se deve ter acerca de assembleia de credores, como um órgão deliberante que deve expressar o resultado da votação acerca do plano de forma segura e estável, tão logo esteja encerrado o ato assemblear. Dessa mesma lógica, também decorre o raciocínio de que a deliberação na AGC é soberana, e o juiz tem atuação meramente homologatória:

Assim, depois que o devedor apresentar o seu plano de recuperação judicial, cabe aos credores analisar o plano e decidir se o devedor deve ter a concessão da recuperação ou não. Portanto, houve mudança relevante em relação ao regime anterior, no qual a decisão sobre a concessão da concordata cabia ao juiz, após análise dos requisitos legais. Na atual lei, são os credores que decidem, e o juiz apenas “homologa” essa decisão, concedendo a recuperação, caso o plano seja aprovado, ou decretando a falência, caso o plano seja rejeitado.<sup>4</sup>

E esse entendimento acerca da soberania da deliberação assemblear protege credores e devedores do possível escrutínio que o Poder Judiciário possa fazer acerca da viabilidade de manutenção da atividade de um determinado devedor em recuperação judicial e de aspectos negociais do plano. Segundo entendimento clássico do STJ, é “vedado ao Magistrado se imiscuir nas especificidades do conteúdo econômico aprovado entre devedor e credores”.<sup>5 6</sup>

Ainda assim, importa consignar que a correção de ilegalidades praticadas em determinados planos de recuperação podem e devem ser feitas pelo Poder Judiciário, desde que as disposições afrontem a norma legal e o ordenamento jurídico, devendo ser conduta ideal o respeito ao contrato plurilateral que se forma entre devedor e credores, quando da aprovação de um determinado plano de recuperação judicial.<sup>7</sup> Nessa linha, são as palavras de Fábio Ulhoa Coelho:

de Janeiro: Renovar, 2015, p. 13.

4 SANTA CRUZ, André. Direito empresarial. 9 ed. São Paulo: Método, 2019, p. 841-842

5 STJ. AgInt no REsp nº 1.860.752/PR. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. 3ª Turma. Julgamento em 19.10.2020. DJ em 26.10.2020.

6 O mesmo entendimento já foi exarado pela Corte em outras ocasiões: (i) STJ. Alnt nos ED no AREsp nº 1.571.924/SP. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. 3ª Turma. Julgamento em 24.08.2020. DJ em 01.09.2020; (ii) STJ. REsp nº 1.766.412/RJ. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. 3ª Turma. Julgamento em 12.02.2019. DJ em 15.02.2019.

7 Segundo entendimento do STJ: “Afigura-se absolutamente possível que o Poder Judiciário, sem imiscuir-se na análise da viabilidade econômica da empresa em crise, promova controle de legalidade do plano de recuperação judicial que, em si, em nada contemporiza a soberania da assembleia geral de credores” (STJ. REsp nº 1.649.774/SP. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. 3ª Turma. Julgamento em 12.02.2019. DJ em 15.02.2019).



O procedimento da recuperação judicial, no direito brasileiro, visa criar um ambiente favorável à negociação entre o devedor em crise e seus credores. O ato do procedimento judicial em que privilegiadamente se percebe o objetivo da ambientação favorável ao acordo é, sem dúvida, a assembleia dos credores. Por esta razão, a deliberação assemblear não pode ser alterada ou questionada pelo Judiciário, a não ser em casos excepcionais como a hipótese do art. 58, §1º, ou a demonstração de abuso de direito de credor em condições formais de rejeitar, sem fundamentos, o plano articulado pelo devedor.<sup>8</sup> (Grifo nosso)

Na síntese de Luiz Roberto Ayoub e Cássio Cavalli, a AGC é órgão colegiado, com atribuições consultivas e deliberativas, orientada pelo princípio majoritário e soberana para deliberar acerca do plano de recuperação judicial:

A assembleia geral de credores é um órgão colegiado da recuperação judicial, com atribuições consultivas e deliberativas. Como órgão colegiado, as deliberações da assembleia geral de credores são orientadas pelo princípio majoritário, vinculando a empresa devedora e a todos os credores sujeitos à recuperação judicial. Nos precisos termos do art. 59 da LRF, o plano de recuperação “obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos”. A assembleia geral de credores possui poderes deliberativos, cuja eficácia fica a depender do pronunciamento homologatório do juízo da recuperação. A assembleia geral de credores é soberana para deliberar acerca do plano de recuperação judicial e, também, sobre as demais matérias afeitas à sua competência. (...) A assembleia geral de credores é soberana para aprovar o plano e suas cláusulas, bem como para propor alteração ao plano, ou deliberar por sua rejeição. Afirmar-se a soberania da assembleia significa que, se for deliberado pela aprovação do plano, ao juiz não resta alternativa senão homologá-lo.<sup>9</sup> (Grifo nosso)

É inegável a importância ostentada pela deliberação assemblear em um procedimento de recuperação judicial cuja aprovação do plano não se dê de forma tácita, isto é, sem que nenhuma objeção sequer seja apresentada ao plano. Raras são as ocasiões em que o plano de recuperação judicial é aprovado pela ausência de objeção, embora o legislador tenha previsto que nesta hipótese o juiz estará autorizado a conceder a recuperação judicial, conforme segue previsto na primeira parte do art. 58 da LRF<sup>10</sup>.

8 COLEHO, Fábio Ulhoa. Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 155-156.

9 AYOUN, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas [livro eletrônico]. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

10 Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano

Ainda tratando da deliberação assemblear, há que se registrar que, ordinariamente, o ato ocorria de forma presencial, com a reunião de credores em um mesmo espaço físico, onde se permitia aos interessados fazer indagações, questionamentos, sugestões ao plano e até apresentar ressalvas que acompanhavam seus votos.

No entanto, esse cenário foi sensivelmente alterado com o início da pandemia do coronavírus, que, inicialmente concentrada na China, onde o vírus parece ter tido origem, tomou proporções transfronteiriças. No Brasil, a presença do vírus foi detectada no mês de março do ano de 2020, causando profundas mudanças não apenas com a determinação de medidas de isolamento social, em razão do potencial contagioso, mas especialmente no funcionamento do Poder Judiciário.

Em atenção às medidas necessárias à contenção do vírus, cada tribunal estadual exarou medidas determinando o fechamento dos fóruns e suas serventias, a suspensão de julgamentos, audiências e assembleias de credores. Nesse contexto, a realização de assembleia virtual se mostrou meio adequado e eficaz de se retomar o andamento de recuperações judiciais que não mais poderiam ficar paralisadas aguardando a regularização das atividades presenciais de cada foro.

Conforme poderá se verificar adiante, a assembleia virtual inaugura uma série de dificuldades que antes, quando as assembleias de credores ocorriam apenas no formato presencial, não se mostravam sequer questões a serem endereçadas pelo Poder Judiciário. De todo modo, as hipóteses ora tratadas podem ocorrer, também, durante uma deliberação assemblear presencial.

## 2. O FENÔMENO DAS ASSEMBLEIAS VIRTUAIS EM TEMPOS DE PANDEMIA

A possibilidade de realização de assembleias-gerais de credores em ambiente virtual passou a ser amplamente utilizada com a pandemia do coronavírus. João Pedro Scalzilli, Luiz Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea<sup>11</sup> já trataram dessa possibilidade à luz das normas

não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembleia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.

11 “Sendo urgente a realização da AGC para a manutenção das atividades da devedora, ou para o início dos pagamentos aos credores, é possível que o encontro seja realizado em ambiente virtual. Imagine-se, por exemplo, que o plano de recuperação preveja a alienação de um ativo importante, capaz de capitalizar a empresa e ga-



de distanciamento social impostas pela pandemia do novo coronavírus. Tais medidas propulsionaram os conclaves virtuais de forma não antevista.

O caso que se pode reconhecer como paradigmático sobre a matéria ocorreu com a prolação da decisão exarada pela 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 23/03/2020, nos autos da recuperação judicial da Odebrecht S.A, autuada sob o nº 1057756-77.2019.8.26.0100, por meio do qual a o magistrado considerou possível a realização virtual da AGC:

[Trecho da decisão]: Diante do exposto, com fundamento no art. 4º, II e art. 6º do Provimento CSM/TJSP 2.549/2020, defiro o pedido de continuidade de realização da AGC do Grupo Odebrecht a ser realizado em ambiente virtual, com a metodologia e os protocolos estabelecidos pelo administrador judicial, nos termos de sua petição de fls. 29.048/29.053, devendo o auxiliar do Juízo engendrar todos os esforços para manutenção da transparência do ato e da higidez da manifestação de vontade dos credores. Tendo em vista a excepcionalidade da medida e a impossibilidade de publicação de edital no DJe, autorizo a publicação do edital proposto às fls. 29.055 para ciência geral do procedimento a ser adotado, até mesmo porque estes autos podem ser visualizados em todos os seus termos por qualquer do povo, pelo fato de ser eletrônico e tramitar sem segredo de justiça.<sup>12</sup> (Grifo nosso)

O mesmo raciocínio pode ser verificado em decisões proferidas sucessivamente nos autos de dezenas de recuperações judiciais em que foram realizadas assembleias virtuais ou híbridas<sup>13</sup>,

rantir o seguimento da atividade, bem como o pagamento dos credores. Da mesma forma, pode ser essencial a realização da assembleia para aprovação de plano que permite a constituição ou alienação de UPI, viabilizando, nesse último caso, a continuação da empresa nas mãos de outro titular. São hipóteses que justificam a realização do conclave virtual” (CALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. Pandemia, crise econômica e lei de insolvência. Porto Alegre: Buqui, 2020, p. 53).

<sup>12</sup> TJSP. Processo nº 1057756-77.2019.8.26.0100. Juiz João de Oliveira Rodrigues Filho. 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo. Julgamento em 23.03.2020

<sup>13</sup> A partir do mês de agosto de ano de 2020, quando algumas medidas de isolamento social passaram a ser flexibilizadas, em razão da moderada contenção da pandemia, algumas assembleias foram realizadas de forma híbrida, isto é, no formato presencial e virtual, facultando aos credores a possibilidade de se fazerem presentes ao conclave de forma virtual ou presencial.

em decorrência do potencial contagioso do coronavírus.<sup>1415</sup> Tal providência obteve apoio do Conselho Nacional de Justiça que tornou pública sua orientação, por meio da Recomendação nº 63/2020:

Art. 2º Recomendar a todos os Juízos com competência para o julgamento de ações de recuperação empresarial e falência que suspendam a realização de Assembleias Gerais de Credores presenciais, em cumprimento às determinações das autoridades sanitárias enquanto durar a situação de pandemia de Covid-19.

Parágrafo único. Verificada a urgência da realização da Assembleia Geral de Credores para a manutenção das atividades empresariais da devedora e para o início dos necessários pagamentos aos credores, recomenda-se aos Juízos que autorizem a realização de Assembleia Geral de Credores virtual, cabendo aos administradores judiciais providenciarem sua realização, se possível. (Grifo nosso)

Pelo que se pode depreender da redação da referida recomendação, a realização da assembleia geral de credores virtual deve se dar em caráter excepcional, em razão das determinações exaradas pelas autoridades sanitárias com vistas a conter o crescimento da pandemia causada pelo coronavírus. Assim, ainda que as assembleias virtuais tenham sido

<sup>14</sup> A título de exemplo, pode-se mencionar o acórdão exarado pela 2ª Câmara Cível, nos autos do Agravo de Instrumento nº 0052425-04.2020.8.19.0000, julgado em 05/10/2020, sob a relatoria do Desembargador Luiz Roldão de Freitas Gomes Filho: “Agravo de Instrumento. Direito Empresarial. Recuperação Judicial. Prorrogação justificada da suspensão prevista no artigo 6º da Lei 11.101/05 por mais 180 dias. Recomendação nº 63 do CNJ, de 31/03/2020, no sentido da prorrogação do prazo de duração do stay period nos casos em que houver necessidade de adiamento da realização da assembleia geral de credores e até o momento em que seja possível a decisão sobre a homologação ou não do seu resultado. Impossibilidade de realização de assembleia presencial durante a pandemia do covid 19 em razão do isolamento social com a proibição de aglomeração ou reunião de pessoas fisicamente, devendo o juízo de origem, todavia, realizá-la na modalidade virtual, nos termos do art. 2º, parágrafo único, da referida recomendação nº 63 do CNJ. Recurso a que se dá parcial provimento (TJRJ. AI nº 0052425-04.2020.8.19.0000. Relator: Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes Filho. 2ª Câmara Cível. Julgamento em 05.10.2020).

<sup>15</sup> E ainda, o acórdão exarado 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, nos autos do Agravo de Instrumento nº 2207481-98.2020.8.26.0000, julgado em 21/11/2020, sob a relatoria do Desembargador Grava Brazil: “Recuperação judicial - Decisão que redesignou assembleia geral de credores, sem a necessidade de publicação de novo edital de convocação, no formato virtual - Inconformismo de um dos credores - Não acolhimento - Regularidade da prévia publicação de edital de convocação para a realização de assembleia presencial, posteriormente suspensa por conta dos efeitos da pandemia Covid-19 - A dispensa de novo edital não acarreta prejuízo aos credores, pois foram regular e anteriormente convocados e, assim, estavam aptos a se habilitar nos autos para acompanhar os desdobramentos do processo, em especial a determinação de suspensão da realização da assembleia presencial - Decisão mantida - Recurso desprovido.” (TJSP.AI nº 2207481-98.2020.8.26.0000. Relator: Des. Grava Brazil. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Julgamento em 21.11.2020).



recebidas com certo entusiasmo por alguns credores e devedores em recuperação judicial, a realização do conclave por meio virtual deve se dar em caráter excepcional.

Os benefícios verificados em uma deliberação assemblear virtual podem ser assim enumerados, em uma lista não exaustiva: (i) há uma redução de custos com o deslocamento de credores domiciliados em diferentes comarcas e Estados daquele em que se realiza assembleia presencial, que usualmente ocorre no local da sede da devedora e onde se processa o pedido de recuperação judicial; (ii) há praticidade no encontro virtual que elimina a necessidade de contratação de um espaço físico adequado à realização do conclave, com o pagamento da estrutura e da logística necessária à realização da deliberação assemblear; (iii) a manifestação de credores, Recuperanda, bem como administrador judicial são a todo tempo gravados e disponibilizados ao juízo, ao Ministério Público e a qualquer credor interessado; e (iv) não há uma limitação de espaço físico para acomodar credores.

Na contramão desses benefícios, podem ser indicados os seguintes aspectos negativos do conclave virtual em lista não exaustiva: (i) há significativa perda da capacidade de os credores se influenciarem durante o conclave, seja porque não se encontram no mesmo espaço físico, seja porque não existe um ambiente de interação em que possam se aproximar e intercambiar impressões acerca do plano proposto e da viabilidade de recuperação da devedora, ou porque não existe no ambiente virtual um espaço adequado para que esse tipo interação possa ocorrer; (ii) o ambiente virtual é ainda inóspito para uma significativa parte de representantes dos credores, uma vez que há dificuldade de lidar não apenas com a tecnologia envolvida, mas com as diferentes plataformas utilizadas por cada devedor<sup>16</sup>; (iii) apesar de não haver uma limitação de espaço físico para acomodar credores, existem limitações de ordem tecnológica, pois quanto maior o número de participantes, mais lento e ineficiente poderá se comportar o sistema. Tais dificuldades foram verificadas em assembleias de grande porte, como, por exemplo, a assembleia de credores da Grupo Cultura<sup>17</sup>. Por fim, outro exemplo que pode ser mencionado ocorreu na assembleia de credores do Grupo Oi que para franquear o uso da palavra, que é direito dos credores, utilizou um sistema de sorteio<sup>18</sup>, embora não se possa ignorar que, presencialmente, o

16 dentre as plataformas podem ser citadas: o Google Meet, o Teams, Zoom e outras.

17 TJSP. Processo nº 1110406-38.2018.8.26.0100. Juiz de Direito Marcelo Barbosa Sacramone. 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais, distribuída em 25/10/2018.

18 Considerando que haviam cinco mil credores logados na plataforma para manifestar seu direito de voz, restou definido que esse direito (de voz) somente seria concedido por meio de sorteio. Nesse sorteio, poderiam se manifestar três credores da classe I, um único credor da Classe II, que era o Banco Nacional de Desenvolvimento

procedimento talvez não pudesse ocorrer de forma diferente, em razão da magnitude do processo de recuperação judicial da Oi S.A. que envolveu a participação de mais de cinco mil credores.

Não fossem essas desvantagens suficientes, não há uma padronização – nem sequer uma recomendação – quanto ao formato de coleta de votos, uma vez que, a depender do número de credores, o voto tem sido realizado por meio de votação comparável ao sistema da urna eletrônica. Por meio desse sistema utilizado em conclaves com alto número de participantes, o credor indica seu voto por meio do dispositivo que oferece as opções de aprovação ou rejeição do plano, o que impede, por exemplo, que outros credores possam acompanhar a temperatura da votação e a impressão geral de outros credores acerca do plano.

Apesar de se reconhecer que a assembleia virtual representa uma evolução e uma facilidade para realização de um conclave, representantes das devedoras em recuperação judicial reportam que há uma perda do poder de persuasão<sup>19</sup> que podem exercer no exercício de convencimento dos credores acerca da viabilidade e exequibilidade do plano de recuperação judicial. O ambiente assemblear é, muitas vezes, tomado por discursos mais eufóricos e apaixonados capazes de convencer credores indecisos quanto à aprovação ou rejeição do plano de recuperação judicial.

Nessa perspectiva, pode-se afirmar que a assembleia virtual perde, com larga distância, da assembleia presencial, pois além de se estar em um ambiente virtual em que não há interação direta entre os participantes, não há espaço para a conversa que usualmente se engaja nos corredores da assembleia, nem os esclarecimentos laterais com o credor sentado ao lado. O meio virtual permite, ainda, que o participante possa, ao mesmo tempo, estar envolvido em outras atividades que não apenas a assembleia, o que permite supor que nem todos os esclarecimentos são absorvidos adequadamente, podendo representar prejuízo para o devedor que busca o apoio dos seus credores, bem como para os credores que podem não agregar à sua própria análise do plano a impressão de outros credores presentes ao ato.

Ainda nessa linha, é possível verificar que em muitas assembleias, especialmente aquelas

Econômico e Social - BNDES, dez credores da classe III e um credor da classe IV

19 Referida manifestação pode ser conferida na exposição apresentada pela advogada Juliana Bumachar, especialista na condução de processos recuperação judicial e falência, durante o webinar que tratou do tema Grupo de Trabalho do CNJ e suas recomendações. Disponível em [https://www.youtube.com/watch?v=5n\\_sdA-ADlc8](https://www.youtube.com/watch?v=5n_sdA-ADlc8). Acesso em 31. Ago. 2020.



que contam com um número expressivo de credores<sup>20</sup>, muitas instruções são entregues de forma repetida e exaustiva, seja porque os credores possuem sistematicamente a mesma dúvida, seja porque o participante não está a todo tempo atento ao que está ocorrendo na sala virtual de reunião ou porque há dificuldade com a tecnologia envolvida. Nesses casos, pode-se verificar possível que um credor ou o advogado que o representa manifeste sua vontade de forma equivocada, seja aprovando o plano de recuperação judicial, quando a intenção era rejeitar, ou o contrário.

Mencionadas algumas dificuldades que podem ser enfrentadas em uma deliberação assemblear virtual, passa-se à discussão central, ora proposta: poderá um credor alterar seu voto após encerrada a deliberação assemblear? É o que busca responder de forma fundamentada no tópico a seguir.

### **3. A ALTERAÇÃO DO VOTO DO CREDOR NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

A discussão central, ora proposta, é de se imiscuir na possibilidade de um determinado credor pretender manifestar a alteração do seu voto depois de encerrada a deliberação assemblear.

Para que o debate não fique demasiadamente subjetivo, três casos concretos serão objeto de análise de modo a balizar as diferentes hipóteses aqui tratadas, quais, sejam: (i) alteração de voto manifestada em razão de equívoco cometido pelo credor, ou seja, mero erro material; (ii) alteração do voto do credor, seja em razão de equívoco material ou de alteração da sua vontade, depois de encerrado o conclave, mas antes da lavratura da ata; (iii) alteração do voto do credor depois de encerrado o conclave e lavrada a ata; e (iv) alteração do voto do credor depois de encerrado o conclave e lavrada a ata, por determinação do Poder Judiciário.

O primeiro caso paradigmático a ser utilizado para tratar das hipóteses de alteração de voto, ocorreu nos autos da recuperação judicial da Livraria Cultura S.A. e 3H Participações S.A (adiante referenciada apenas como “Grupo Cultura”), autuada sob o nº 1110406-38.2018.8.26.0100, em trâmite perante a 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo.

<sup>20</sup> Pode-se considerar cento e cinquenta participantes número expressivo o suficiente para tornar uma assembleia mais complexa do que o usual.

No caso concreto, a AGC, que será objeto de análise, ocorreu em 14 de setembro de 2020, por meio virtual e, segundo relata a Recuperanda, reuniu mais de 150 (cento e cinquenta) pessoas, conectadas remota e ininterruptamente, para discutir o aditivo apresentado ao plano de recuperação judicial. Após a verificação dos votos, o resultado do conclave foi pela rejeição do aditivo.

Ocorre que, segundo a devedora, alguns credores tiveram o voto computado equivocadamente, tendo havido a retificação dos mesmos antes de transcorrido o prazo para apresentação de ressalvas à ata. Com a alteração dos votos equivocados, o aditivo ao plano que foi rejeitado em sede de deliberação assemblear alcançaria o quórum necessário para sua aprovação.

Os pedidos de modificação do voto partiram de três diferentes credores, em diferentes momentos, quais sejam: (i) o credor Editora Urbana pediu alteração do seu voto durante o conclave e enquanto a administradora judicial nomeada ainda estava colhendo o voto dos credores; (ii) o credor Editora Estação Liberdade pediu a alteração do seu voto (de rejeição para aprovação do aditivo ao plano) depois de encerrada a coleta de votos e declarado o resultado da votação; e, finalmente, (iii) o credor JBQ Consultoria requereu a alteração do seu voto (de rejeição para aprovação do aditivo ao plano) no dia seguinte ao do conclave, por meio de ressalva encaminhada por e-mail à administradora judicial, quando a ata da assembleia seria finalizada para coleta de assinatura eletrônica dos credores previamente definidos.

Cada uma das hipóteses acima aventadas suscita reflexão para o fim ora proposto. Assim, cada um dos pedidos de alteração será fundamentadamente comentado no tópico a seguir. Na sequência e para concluir a análise das hipóteses, ora suscitadas, serão utilizados outros dois casos concretos, referentes a diferentes processos de recuperação judicial.

#### **3.1 Alteração de voto manifestada em razão de equívoco cometido pelo credor: erro material na emissão de vontade**

No caso concreto, a administradora judicial nomeada na recuperação judicial da Livraria Cultura, recebeu, por parte de alguns credores, a informação de que seus votos foram proferidos de forma equivocada. Referido pedido de retificação foi manifestado em diferentes momentos, a saber:

O credor, Editora Urbana, solicitou a correção do seu voto durante o conclave, ocasião em



que houve a pronta retificação de seu voto, pois o pedido de correção fora realizado via chat, enquanto a votação ainda estava em andamento, o que não gerou celeuma, posto que ficou claro que o equívoco ocorreu por erro material de digitação.

Nesse ponto, é importante esclarecer que a votação do aditivo ao plano da Livraria Cultura foi sensivelmente conturbada pela expressiva quantidade de credores participando do conclave de forma virtual. O número de pessoas conectadas à reunião virtual tornou o sistema extremamente instável e impossibilitou que todos os credores utilizassem a plataforma especial de votação.

Por meio da referida plataforma, bastava ao credor ou seu representante clicar sobre uma das opções para aprovar ou rejeitar o aditivo ao plano. Ocorre que o sistema ficou sobrecarregado e muitos credores não conseguiram permanecer conectados à plataforma, tendo havido momentos em que foram automaticamente desconectados e retornaram à plataforma com a ajuda da assistência técnica designada para cuidar da logística virtual do ato assemblear.

Ao retornar à plataforma, os credores foram instruídos a votar pelo chat da reunião, incluindo seu voto por escrito, seguido do nome do Credor, evitando a utilização do sistema eletrônico que se mostrou instável e sobrecarregado.

Vê-se que a instabilidade do sistema não facilitou a tranquilidade do trabalho assemblear, sem mencionar a insegurança causada nos credores e nos seus representantes que precisavam exercer o direito de voto e enfrentaram alguns percalços durante a assembleia, gerando, claro, apreensão quanto à eventual impossibilidade de exercerem o respectivo direito de deliberar sobre o plano e influenciar no resultado do conclave.

O outro o credor a manejar pedido de alteração de voto foi a Editora Estação Liberdade. Referido credor manifestou a necessidade de correção do seu voto, depois de já ter sido encerrada a votação e a administradora judicial ter proferido resultado da votação. Ao receber a ata da deliberação assemblear e verificar os relatos acerca das ocorrências ora narradas, o juízo da 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca da Capital do Estado de São Paulo se manifestou no seguinte sentido:

Ao final da AGC e, portanto, após a coleta dos votos e proclamação do resultado, a administradora recebeu pedido dos credores Editoras Urbana e Editora Estação Liberdade, de

que os votos estariam errados. Quanto à editora Urbana, a administradora judicial entendeu pela correção do voto. Verifico que o credor, pelo Chat, enquanto a votação ainda estava em andamento, manifestou que o voto da editora Urbana era sim e que os demais eram não. Logo, correta a postura da administradora judicial em aceitar a correção do voto do referido credor, pois ocorreu ainda durante o período de votação.<sup>21</sup>

Segundo o magistrado, a posição da administradora em relação à Editora Urbana foi correta, pois a correção do voto do referido credor ocorreu ainda durante o período de votação. Com efeito, o que ocorreu no caso concreto foi uma transmissão errônea da vontade, em razão da utilização de meios interpostos de comunicação. Na hipótese, não havia problemas no entendimento do credor quanto aos fatos: o erro ocorreu apenas por uma falha na expressão da vontade, ocasionada pela utilização de um instrumento, no caso, o voto via chat ou equivalente.

Segundo a legislação brasileira, a transmissão errônea de vontade se equipara ao erro,<sup>22</sup> viciando o negócio jurídico e tornando-o anulável, conforme explicita a doutrina especializada:

Importante analisar, ainda, como ocorre a aferição do erro quando a transmissão da vontade não se estabelece diretamente, e sim por meios interpostos. O artigo 141 do Código Civil dispõe que a transmissão errônea da vontade por meios interpostos é anulável nos mesmos casos em que o é a declaração direta. Quer isso dizer que se aplica à manifestação da vontade por meios interpostos os mesmos requisitos da declaração direta para anulação do negócio por erro. San Tiago Dantas ilustra a hipótese com caso julgado pela Corte Suprema da Alemanha no início do século XX: o declarante determinou a emissão de ordem de venda de ações (verkaufen); porém, por erro de digitação do telégrafo, foi suprimido o prefixo do vocábulo, sendo expedida ordem de compra (kaufen). Ao invés de vender as ações, sabendo que o preço estava prestes a despencar, o empresário terminou por adquirir mais ações. O legislador brasileiro imputa ao declarante os riscos de utilização de meios interpostos, exigindo que demonstre todos os requisitos do erro para a anulação: essencialidade, escusabilidade,

<sup>21</sup> Vide folhas 26.144 dos autos do processo de recuperação judicial do Grupo Cultura.

<sup>22</sup> Sobre o ponto: “Segundo o nosso Direito, equipara-se ao erro a transmissão defeituosa da vontade, seja quando o agente se serve de mensageiro, e este comunica com infidelidade a sua intenção; seja quando o instrumento de que se vale lhe trunca a declaração, como se dá com a mensagem telegráfica transmitida com defeito (Código Civil, art. 141)” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: introdução ao direito civil; teoria geral de direito civil [livro digital]. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020)



cognoscibilidade.<sup>23</sup>

Apesar de a vontade exarada durante a assembleia ser viciada pelo erro na transmissão da vontade, a anulação da declaração se tornou desnecessária ante o acolhimento imediato de correção promovido pela administradora judicial e ratificado pelo juiz competente.

A providência tomada pela administradora judicial e confirmada pelo Poder Judiciário vai ao encontro dos princípios interpretativos atinentes aos defeitos do negócio jurídico. Note-se que o art. 144 do Código Civil já afirma que “o erro não prejudica a validade do negócio jurídico quando a pessoa, a quem a manifestação de vontade se dirige, se oferecer para executá-la na conformidade da vontade real do manifestante”.

Foi exatamente isso o que ocorreu no caso concreto: a vontade da credora foi exprimida com erro em razão da utilização de meios de comunicação. No entanto, a administradora judicial, exercendo sua função fiscalizadora e responsável pela condução do ato assemblear acatou sua correção imediata, se oferecendo para concluir o negócio com base na vontade real do credor, conforme corrigido por ele mesmo.<sup>24</sup>

Há que se concordar que a providência de corrigir o voto proferido em erro é acertada e que a correção solicitada durante a realização do ato assemblear é medida absolutamente aceitável, uma vez que, não raramente um representante fala em nome de diferentes credores, sendo passível admitir que equívocos sejam cometidos no momento do exercício do direito de voto. Já o pedido de alteração de voto do credor Estação Liberdade não teve a mesma sorte. Esse episódio será analisado no tópico a seguir.

### **3.2 Alteração do voto do credor, seja em razão de equívoco material ou de alteração da sua vontade, depois de encerrado o conclave, mas antes da lavratura da ata**

Assim como ocorreu com o credor Editora Urbana, o credor Editora Estação Liberdade pediu

<sup>23</sup> TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Teoria geral do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. Fundamentos do direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

<sup>24</sup> Sobre o ponto: “Sem embargo da confirmação do erro essencial, suficiente para autorizar o declarante a promover a anulação do negócio, a lei procura preservá-lo, desde que o destinatário da errônea declaração se disponha a cumpri-la tal qual a verdadeira vontade do declarante” (THEODORO JUNIOR, Humberto. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord). Comentários ao novo código civil. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3, t. 1, p. 109-110).

para alterar seu voto, que originalmente rejeitou o aditivo ao plano de recuperação, para aprová-lo. Ocorre que o pedido de correção do voto somente ocorreu depois que a votação já estava concluída e o resultado da deliberação já havia sido anunciado. Tal correção foi inadmitida pelo juiz da recuperação judicial, ao verificar que a retificação do voto foi solicitada depois de encerrada a coleta de votos e proferido o resultado do conclave. Nas palavras do magistrado:

Nesse sentido, quanto ao voto da Editora Estação Liberdade, para alterar o voto de contra para a favor, o voto não foi alterado e houve simplesmente a ressalva. De fato, conforme manifestação do próprio credor, por ocasião da votação e por escrito no Chat, “o restante está correto (não aprovam o PRJ)” (fls. 26.066). Sua alteração somente foi realizada após ter sido proclamado o resultado da votação, de modo que o cômputo dos votos já tinha se aperfeiçoado. Logo, o voto deve ser computado como contra tal como foi expresso pelo credor por ocasião da votação do plano. Ainda que assim não fosse, a alteração do voto do referido credor, conforme exposto pela administradora judicial, não interferiria no resultado da deliberação, que continua ser pela rejeição da classe dos credores EPPs e MEs.<sup>25</sup>

Veja-se que, enquanto a correção do voto proferido pelo credor, Editora Urbana, durante o conclave foi aceita pela administradora judicial e chancelado pelo magistrado, a retificação do voto do credor depois de encerrada a coleta de votos e declarado o resultado da votação não foi admitida. Nesse sentido, o juiz prosseguiu em sua avaliação:

Desta forma, a Assembleia Geral de Credores é o palco último pelo que é possível à coletividade discutir modificações ao plano, pelo que autorizar modificação do voto após seu encerramento seria o equivalente a tolher dos credores a possibilidade de se influenciarem reciprocamente sobre a aprovação/rejeição do plano de recuperação judicial, ou seja, seria tolher importante (porque última) etapa da negociação da dívida das devedoras. Ressalto, a Assembleia Geral de Credores se caracteriza como órgão autônomo e como modo de reunir todos os credores para deliberarem, coletivamente, sobre a viabilidade econômica do devedor nos termos do plano de recuperação judicial. A aceitação de alterações dos votos criaria sistema perverso, em que o credor poderia forçar a recuperanda a tutelar sua posição individual em detrimento da própria coletividade de credores.<sup>26</sup> (fl. 26.145 dos autos)

<sup>25</sup> Vide folhas 26.145/26.146 dos autos do processo de recuperação judicial do Grupo Cultura.

<sup>26</sup> Vide folha 26.145 dos autos do processo de recuperação judicial do Grupo Cultura.



Chama atenção para a ponderação consignada pelo magistrado, no sentido de que “A aceitação de alterações dos votos criaria sistema perverso, em que o credor poderia forçar a recuperanda a tutelar sua posição individual em detrimento da própria coletividade de credores”. O raciocínio do magistrado tem sentido, na medida em que a aceitação desmesurada quanto à alteração de votos, tornando irrelevante o momento em que tal retificação é solicitada, criaria como externalidade negativa a possibilidade de um determinado credor manifestar-se de forma contrária – e até abusiva<sup>27</sup> – em determinado plano de recuperação judicial, com objetivo único de buscar tratamento diferenciado e melhor do aquele endereçado aos demais credores submetidos aos efeitos da recuperação judicial. Somado a isso, a alteração do voto em momento posterior agravaria uma situação de assimetria informacional, eis que o credor cujo voto pretende ter alterado disporia de informações privilegiadas em momento posterior ao conclave se comparado com os demais credores participantes, podendo, dessa maneira, aumentar seu poder de barganha em relação ao devedor e aos próprios credores, buscando obter vantagens maiores do que aquelas a que faria jus.

É importante registrar que expediente dessa natureza seria ilegal e atuaria em sentido contrário ao princípio da par conditio creditorum que deve orientar, dentro do possível, as condições de tratamento e pagamento endereçadas aos credores por meio do plano de recuperação judicial.

Depois dos dois episódios que ensejaram pedido de correção do voto manifestado durante o conclave, a assembleia foi dada por encerrada e, considerando que o ato assemblear estava ocorrendo por meio virtual, a ata foi lida e concluída para envio aos credores – previamente selecionados – que a assinariam de forma eletrônica, até às 11h da manhã do dia seguinte.

Sob essas circunstâncias, sobreveio o terceiro e último pedido de alteração de voto, dessa vez exarado pelo credor JBQ Consultoria. No dia seguinte ao do conclave, referido credor encaminhou mensagem eletrônica endereçada à administradora judicial, por meio da qual solicitou a alteração do seu voto, a fim de que constasse favorável à aprovação do aditivo ao plano. Referido pedido foi ratificado nos autos da recuperação judicial por meio de petição. Uma vez instado a se manifestar sobre esse terceiro e último pedido de alteração de voto, o juiz da recuperação judicial indeferiu o pedido de modificação tendo constatado que o credor JBQ Consultoria requereu a alteração do seu voto não apenas depois de encerrada a coleta

<sup>27</sup> É necessário destacar que não será objeto de debate e análise o conceito de voto abusivo, que já possui pesquisa aprofundada em diversos trabalhos acadêmicos que endereçam o tema com a necessária profundidade.

de votos, como também depois de encerrada a assembleia de credores. Referido pedido de modificação foi encaminhado na forma de ressalva para ser anexado à ata.

O magistrado consignou, ainda, que apesar de o credor ter alegado erro em sua manifestação, não identificou qualquer elemento indicativo de que essa teria sido a hipótese, uma vez que referida manifestação de correção não foi suscitada durante o conclave e que, mesmo depois de declarado o resultado da assembleia, não se verificou a manifestação do credor via chat em momento algum do conclave. Em decorrência da manifestação extemporânea acerca da retificação dos votos, o juízo competente não admitiu a alteração dos votos dos credores Estação Liberdade (pedido de alteração de voto encaminhado ao final do conclave, depois de proferido o resultado) e JBQ Consultoria (pedido de alteração de voto encaminhado no dia seguinte ao do conclave, dentro do prazo de envio de ressalvas que seriam anexadas à ata, bem como por meio de petição juntada aos autos da recuperação judicial). Eis a manifestação do juízo da 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais:

Nesses termos, quanto aos pedidos de JBQ CONSULTORIA (fls. 25939) e EDITORA ESTAÇÃO LIBERDADE (consignado na ata de fls. 25957/25962 e-mail enviado pelos credores) para alteração dos votos manifestados em Assembleia Geral de Credores, tratam-se de atos jurídicos perfeito e acabados que não podem ser alterados após encerramento.<sup>28</sup>

Diante desse cenário, a devedora recorreu ao Tribunal Justiça paulistano, narrando as intercorrências que ocorreram no recolhimento dos votos desses dois credores. Como já esclarecido, o juízo singular indeferiu o pedido de modificação dos votos, o que motivou a interposição de recurso de agravo de instrumento. No relatório do relator do recurso, Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, estão adequadamente colocados os contornos fáticos dos equívocos constatados na votação.<sup>29</sup>

Relatam ter havido falha no cômputo do voto dos credores Estação Liberdade e JBQ Consultoria, e não arrependimento após a manifestação de sua vontade, ou alteração no sentido de seu voto, como equivocadamente entendeu o douto juízo “a quo”, em verdadeira presunção indevida de má-fé por parte das recuperandas, sem qualquer indício mínimo a

<sup>28</sup> Vide folha 26.147 dos autos do processo de recuperação judicial do Grupo Cultura.

<sup>29</sup> Trata-se de recurso de no Agravo de Instrumento nº 2229551-12.2020.8.26.0000, em trâmite perante a Primeira Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ainda sem data de julgamento definitivo, sob a relatoria do desembargador Pereira Calças. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/esaj/> Acesso em: 25 nov. 2020.



confortá-la. Sustentam que, caso contabilizados corretamente os votos, de acordo com a vontade externada pelos credores, o aditivo teria sido aprovado por 51,11% do quórum votante. Acostam manifestação do credor Estação Liberdade, que por meio do chat da AGC, postulou a retificação de seu voto de rejeição, lançado por equívoco de sua parte (fls. 26.071, autos de origem). Indicam ter a credora JBQ Consultoria enviado e-mail à administradora judicial às 10h36 do dia 15/09/2020 com o mesmo fim, e dentro do prazo concedido para o envio de ressalvas e objeções à AGC (até às 11h00 do dia 15/09/2020).

Segundo o desembargador relator, os argumentos deduzidos pela devedora recorrente possuem verossimilhança, demandando uma análise mais aprofundada do contexto fático. Assim, determinou, em cumprimento ao princípio da colegialidade, que a questão fosse submetida ao Tribunal. Para evitar dano à devedora em recuperação judicial, foi concedido efeito suspensivo ao recurso, para obstar a decretação da falência das agravantes, até a apreciação da pretensão pelo órgão colegiado.

Nesse caso, pode-se afirmar que o voto do credor Editora Estação Liberdade foi proferido em razão erro na manifestação de vontade e o voto do credor JBQ Consultoria parece ter sido alterado, não se tratando de erro material na emissão da vontade.

Nesse ponto, há que esclarecer: seria facultado ao credor simplesmente alterar seu voto no dia seguinte ao do conclave? Por mais legítimas que sejam as razões, inclusive por ter apreciado melhor as proposições do plano de recuperação judicial, ainda assim, o credor poderia propor a alteração de forma unilateral e que tal modificação fosse aceita pelo juízo competente? A resposta a tal questionamento deve ser orientada pela segurança jurídica do ato assemblear.

Um dos princípios fundamentais que orientou o legislador na elaboração da Lei nº 11.101/2005 foi a segurança jurídica. Ao lado desse pilar, há o fomento à participação ativa dos credores, que se dá, primordialmente, por meio da Assembleia Geral de Credores, órgão deliberativo supremo na recuperação judicial. O diálogo entre esses dois princípios é analisado por Amador Paes de Almeida:

Segurança jurídica: deve-se conferir às normas relativas à falência, à recuperação judicial e à recuperação extrajudicial tanta clareza e precisão quanto possível, para evitar que múltiplas possibilidades de interpretação tragam insegurança jurídica aos institutos e, assim, fique

prejudicado o planejamento das atividades das empresas e de suas contrapartes. Participação ativa dos credores: é desejável que os credores participem ativamente dos processos de falência e de recuperação, a fim de que, diligenciando para a defesa de seus interesses, em especial o recebimento de seu crédito, otimizem os resultados obtidos com o processo, com redução da possibilidade de fraude ou malversação dos recursos da empresa ou da massa falida.<sup>30</sup>

Dúvidas não pairam sobre intensa, necessária e estimulada participação dos credores nas deliberações assembleares, mas essa participação deve ser norteada por meio de determinadas balizas como, por exemplo, a de que o ato assemblear não será encerrado com um resultado para que no dia seguinte a mudança unilateral de voto de um credor altere, completamente, o resultado da deliberação do dia anterior.

Não se está defendendo aqui que o credor não possa mudar de ideia ou melhor avaliar o seu posicionamento, em benefício da manutenção da atividade e do pagamento de todos os credores submetidos aos efeitos da recuperação judicial. No entanto, o exercício desse direito não poderá se dar de forma desordenada e permissiva por parte do Poder Judiciário, sob pena de se esvaziar a razão de existir do próprio conclave.

Exemplo da importância do princípio da segurança jurídica na recuperação judicial e de sua relação com a deliberação assemblear é descrito por Marcelo Barbosa Sacramone:

O julgamento de impugnação judicial ou a ação de retificação de quadro-geral de credores, ainda que reconheça a existência ou inexistência de determinado crédito, altere seu valor ou sua classificação, não gerará a invalidade da deliberação assemblear. A imposição do art. 39, § 2o, da Lei n. 11.101/2005 procura assegurar os efeitos da deliberação e a certeza jurídica dos credores, haja vista que, do contrário, não seria possível verificar o resultado da deliberação e a produção dos seus efeitos efetivamente até que todo o quadro-geral de credores estivesse já formado ou sempre que pendesse ainda o julgamento de uma ação de retificação do referido quadro. De modo a garantir a segurança à deliberação, ainda que o crédito alterado por referida decisão judicial pudesse, caso tivesse ocorrido antes da AGC, alterar o resultado da deliberação ocorrida, a validade da deliberação assemblear não será comprometida. À míngua de qualquer previsão expressa na Lei Falimentar, o art. 178 do

<sup>30</sup> ALMEIDA, Amador Paes de. Curso de falência e recuperação de empresa. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 34.



Código Civil estabelece o prazo decadencial de dois anos para se pleitear a anulação do ato, a contar de sua conclusão. No caso da AGC, o prazo deverá ser iniciado a partir da publicação da ata da Assembleia, ocasião em que será dada ciência a todos os interessados (art. 37, § 7o).<sup>31</sup>

Admitir a alteração de voto sem qualquer parâmetro acabaria com o sentido de se ter uma AGC, de se estruturar a negociação coletiva, e com a própria segurança jurídica do procedimento. Nesse sentido, existem providências de ordem legal que poderiam ser adotadas de modo a conferir a necessária estabilidade dos atos assembleares. Uma dessas providências seria convocar uma nova assembleia de credores para sanar os vícios constatados na deliberação original, bem como para oportunizar ao credor de boa-fé modificar seu posicionamento, se tal decisão se mostrar mais acertada para o adimplemento do seu crédito.

### 3.3 Alteração do voto do credor depois de encerrado o conclave e lavrada a ata

Para tratar da hipótese de alteração de voto proferido depois de encerrado o conclave e lavrada a ata, pode-se invocar o caso concreto observado nos autos da recuperação judicial do Grupo Alcana Destilaria de Álcool de Nanuque S/A, autuada sob o nº 0151873-29.2009.8.26.0100, em trâmite perante a 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais.

Nesse caso, os credores buscaram a retificação do voto proferido em sede deliberação assemblear, junto ao juízo da recuperação judicial. Nos termos da manifestação desses credores interessados, as alterações propostas ao plano de recuperação judicial foram substanciais e ocorreram em data muito próxima à de realização do conclave. No entanto, o tempo disponível para discussão foi exíguo, não permitindo a necessária reflexão técnica por parte dos credores, nem por parte de seus órgãos internos de administração.

Referidos credores alegaram, nos autos do processo de recuperação judicial que, após detido exame das cláusulas, concluíram que as condições apresentadas pela devedora seriam viáveis e, por essa razão, tinham interesse em alterar a manifestação anteriormente exarada. Com intuito de alterar o voto originalmente emitido, referidos credores solicitaram ao juízo competente a convocação de uma nova assembleia de credores de modo que pudessem manifestar sua vontade de aprovar o referido aditivo ao plano.

<sup>31</sup> SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 170-171.

Ao analisar o caso, o magistrado concordou que, diante de relevantes modificações no plano de recuperação judicial, muitas vezes, é necessário que os credores consultem seus órgãos técnicos, o que inviabiliza uma aprovação imediata do plano. Considerando que o pedido de retificação por parte dos credores foi realizado em momento anterior à decretação da falência da devedora e que os próprios credores justificaram o pedido com base na exiguidade do tempo que dispuseram para analisar o aditivo ao plano, o juiz considerou possível a convocação de nova assembleia de credores, para que o modificativo fosse novamente votado e dessa vez ratificado pela assembleia de credores.

Vê-se que no caso sob análise, não houve alegação de erro na manifestação da vontade, uma vez que os credores reconheceram o intento de modificar seu voto para aprovar o aditivo ao plano, tendo manifestado essa vontade nos autos do processo para que o magistrado endereçasse a melhor solução, por meio de petição em que manifestaram clara e objetivamente o desejo de retificar o voto exarado em sede de deliberação assemblear.

Nesse caso, há que se lembrar que o plano de recuperação judicial trata-se, em última análise, de contrato plurilateral que demanda negociação, esclarecimento e concessões por parte do devedor e dos credores para que torne possível não somente sua aprovação, mas também seu cumprimento, uma vez que não basta ser aprovado, é necessário que seja exequível.<sup>32</sup>

Demais disso, é possível admitir que o credor possa rejeitar o plano de forma açodada, quando premido, não apenas pelo tempo exíguo que dispõe para analisar o plano modificado em data muito próxima à do conclave, ou até mesmo durante a assembleia de credores. A realidade é que a mudança de posicionamento restou reconhecida e bem fundamentada pelos credores que, certamente, verificaram que as condições indicadas no plano de recuperação judicial atendiam seus interesses de receber seus respectivos créditos e possivelmente se mostravam mais favoráveis do que o cenário da falência. Nesse passo, há que se admitir que a alteração fundamentada do voto pode levar à convocação de nova assembleia para coleta de votos e deliberação do plano.

Nesse caso, pode-se ponderar que a convocação de uma nova assembleia seria por

<sup>32</sup> Sobre o ponto, confira-se a doutrina de Maurício Moreira Mendonça de Menezes, que afirma que o plano de recuperação judicial é um contrato plurilateral, por reunir as características fundamentais desse instituto, quais sejam: (i) reciprocidade obrigacional; (ii) finalidade comum; (iii) função instrumental; (iv) organização; (v) execução continuada; e (vi) tipo aberto: MENEZES, Mauricio Moreira Mendonça de. O exercício da autonomia privada na recuperação judicial. Revista de Direito Recuperacional e Empresa. São Paulo, v. 2, out./dez. 2016.



demais onerosa e que representaria providência mais econômica e célere que o juiz competente simplesmente alterasse o voto dos credores que manifestaram esse intento, com vistas à conceder a recuperação judicial em favor da devedora.

Na contramão desse raciocínio, reside a necessidade de que o ato assemblear seja ambiente solene e seguro, no qual o resultado não é alterado sob qualquer pretexto ou contexto, sob pena de se passar a fazer desnecessário. Nessas circunstâncias, seria possível admitir que se o juiz detém poderes para acolher pedido de modificação de voto de forma unilateral de credores que rejeitaram o plano e que mais tarde expressaram sua vontade de aprová-lo, terá o mesmíssimo poder para admitir a alteração de voto de credores que durante o conclave aprovaram o plano e, mais tarde, analisando melhor a exequibilidade daquela reestruturação, decidam mudar seu voto para rejeitar o plano.

Defender a ideia de que o juiz somente poderia admitir pedidos de mudança de voto que favoreçam o devedor seria tão equivocado quanto afirmar que a Lei nº 11.101/2005 foi criada para favorecer apenas esses devedores, quando a verdade é exatamente o oposto. O objetivo do legislador da Lei nº 11.101/2005 foi defender os interesses dos credores, embora a jurisprudência venha se mostrando benevolente no julgamento de recursos manejados por empresários em recuperação judicial, flexibilizando dispositivos legais e autorizando a utilização de garantias que, em tese, não se submetem aos efeitos da recuperação judicial.

Finalmente e, em defesa da segurança jurídica que deve permear o ato assemblear, sustenta-se que, havendo manifestação fundamentada por parte do credor no sentido de alterar seu voto, entende-se necessário convocar nova assembleia de credores, sob pena de admitir que se o juiz pode, unilateralmente, alterar um voto que rejeita para aprovar o plano, poderá promover, com a mesma autoridade, a mudança em sentido contrário e alterar o voto de um determinado credor que aprovou o plano para rejeitá-lo, sob o argumento que lhe for apresentado.

### **3.4 Alteração do voto do credor depois de encerrado o conclave e lavrada a ata, por determinação do Poder Judiciário**

Comentadas as hipóteses sobre alteração de voto, é bem-vindo o julgado<sup>33</sup> que trata da

<sup>33</sup> Referido julgado foi citado pela Livraria Cultura S.A. e 3H Participações S.A. nos autos do no Agravo de Instrumento nº 2229551-12.2020.8.26.0000 para fundamentar o pedido de homologação do seu aditivo. A hipótese

substituição da vontade do credor, em razão de ter se verificado comportamento contraditório assumido pela mesma parte, depois de ter rejeitado plano de recuperação judicial da Devedora. Trata-se da recuperação judicial requerida pela sociedade empresária Fabyclean Industria e Comercio de Papel Ltda., autuada sob o nº 0003604-49.2010.8.26.0347 que tramita perante a 2ª Vara Cível da Comarca de Matão, estado de São Paulo.

Conforme se colhe da decisão proferida pelo juízo competente daquela recuperação judicial, o plano restou aprovado pela classe dos credores trabalhistas, bem como pela classe dos credores quirografários e rejeitado por 71,33% (setenta e um vírgula trinta e três por cento) dos credores com garantia real. Nesses termos, não foi atingido o quórum mínimo necessário, previsto pelo art. 58 da LRF, para aprovação do plano de recuperação judicial.

Apesar da rejeição formal do plano de recuperação judicial, a devedora manifestou-se nos autos do processo, juntando cópias de acordos celebrados com o credor, Banco Itaú S.A., para a composição de créditos que não se submetiam aos efeitos da recuperação judicial. O Banco Itaú integrou a classe dos credores com garantia e foi um dos credores a compor o quórum de rejeição do plano na Classe II.

O fato é que os acordos celebrados entre a devedora e o banco, permitiram à Recuperanda argumentar a incompatibilidade de comportamento do credor que rejeita plano de recuperação para, na sequência, celebrar acordos cujo cumprimento dependam diretamente da continuidade das atividades da devedora em recuperação judicial. Tal manifestação recebeu apoio do administrador judicial, bem como do Ministério Público.

À conta desses fatos, o juízo competente acolheu os argumentos da devedora entendendo que "(...) o plano de recuperação judicial, então rejeitado por 71,33% dos créditos com garantia real, ora pode ser aprovado, dado que, com o acordo retro mencionado, atingiu-se o quórum exigido pela lei". Guardadas as devidas proporções, a instituição cometeu o venire contra

difere um pouco dos demais casos analisados nos subitens anteriores, pois não se trata de alteração de voto manifestada pelo credor, mas por parte do juízo da recuperação judicial que passou a computar referido voto como favorável ao plano de recuperação judicial, em razão do comportamento contraditório identificado, qual seja, rejeitar o plano recuperação judicial e, na sequência, celebrar acordo, por meio do qual o mesmo credor concordou em receber crédito (que não se submetia aos efeitos da recuperação judicial) de forma parcelada. A incongruência desse comportamento reside no fato de que em um momento o credor vota pela quebra da devedora (consequência natural da rejeição de plano de recuperação judicial é a conversão da recuperação judicial em falência) para em momento posterior celebrar acordo, cujo cumprimento depende da continuidade das atividades da referida devedora.



factum proprium, adotando comportamento contraditório ao votar pela rejeição do plano e ato contínuo celebrar um acordo com o mesmo devedor para o qual reclamou a falência no momento do ato assemblear.

Interessa notar que o magistrado em questão não suprimiu o voto da instituição financeira credora, Banco Itaú S.A., o que fez o magistrado, literalmente, foi computar o referido voto como favorável ao plano, substituindo a vontade exarada pelo credor em sede de deliberação assemblear. E isso se verifica precisamente no trecho em que o magistrado considera atingindo o quórum necessário à aprovação, à vista dos instrumentos de composição celebrados entre a devedora e a instituição financeira credora.

Objetivamente, o que fez o magistrado foi reconhecer a contradição no comportamento externado pela instituição financeira, que votou pela quebra do devedor, para, no momento seguinte celebrar acordo, cujo cumprimento dependia direta e umbilicalmente da continuidade das atividades daquela sociedade empresária em recuperação judicial.

A decisão foi objeto de recurso manejado por outros credores da classe de credores com garantia real, mas o acórdão exarado pela Câmara Reservada à Falência e Recuperação do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos do Agravo de Instrumento autuado sob nº 0168398-27.2011.8.26.0000, sob a relatoria do desembargador Ricardo Negrão, confirmou a decisão que homologou o plano de recuperação judicial e concedeu a recuperação judicial em favor da devedora Fabyclean.

A solução endereçada no caso concreto encontra respaldo no Código Civil vigente, que promoveu verdadeiro giro hermenêutico na interpretação do negócio jurídico, passando, da teoria da vontade à teoria da confiança. Com efeito, nos termos do art. 112 do diploma, “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”. Tem-se, portanto, que na interpretação do negócio jurídico, o legislador privilegiou a vontade objetiva do contrato, ou seja, a “intenção comum que se materializou na declaração”.<sup>34</sup>

Como consequência, foi erigido à centralidade a teoria da confiança, que privilegia, na interpretação dos negócios jurídicos, a manifestação externada pelas partes em sua

<sup>34</sup> FARIAS, Cristiano Chaves. Lineamentos acerca da interpretação do negócio jurídico: perspectivas para a utilização da boa-fé objetiva como método hermenêutico. Revista de direito privado, v. 31, p. 7-30, jul.-set./2007

perspectiva objetiva, e não intenção subjetiva dos agentes.<sup>35</sup> Trata-se de imperativo de boa-fé objetiva, que visa à proteção das legítimas expectativas depositadas de parte a parte.<sup>36</sup>

Corolário dessa principiologia é a vedação ao comportamento contraditório, expressa pelo brocardo latino *nemo potest venire contra factum proprium*. A matéria é bem elucidada por Anderson Schreiber:

A tutela da confiança atribui ao venire um conteúdo substancial, no sentido de que deixa de se tratar de uma proibição à incoerência por si só, para se tornar um princípio de proibição à incoerência por si só, para se tornar um princípio de proibição à ruptura da confiança, por meio da incoerência. A incompatibilidade ou contradição de comportamentos em si deixa de ser vista como o objeto de repressão para passar a ser tão somente o instrumento pelo qual se atenta contra aquilo que verdadeiramente se protege: a legítima confiança depositada por outrem, em consonância com a boa-fé, na manutenção do comportamento inicial.<sup>3738</sup>

Por fim, há que se registrar que embora a solução conferida ao caso concreto encontre respaldo no Código Civil, que é fonte para o direito empresarial, há que se ter cautela na substituição da vontade do credor, especialmente, quanto ao voto manifestado em sede de deliberação assemblear, uma vez que tal manifestação de vontade, resultada, em tese, de detida análise do credor acerca do plano de recuperação judicial e sua viabilidade.

<sup>35</sup> TEPEDINO, Gustavo. Soluções Práticas de Direito: Pareceres: Relações Obrigacionais e Contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 392

<sup>36</sup> Na doutrina especializada: “Há evidente e intensa ligação entre boa-fé e confiança. Antes de mais, há uma comum raiz, a fides que está no núcleo de ambos. Essa ligação é por vezes de superposição, por outras de diferenciação: pelo primeiro viés (superposição), a boa-fé abrange a tutela das legítimas expectativas, sobrepondo-se ao princípio da confiança (*bona fides – cum fides*). No proteger as legítimas expectativas, cabe falar em uma confiança objetivada, que não se reduz ao estado de fato característico da boa-fé subjetiva, ou ‘boa-fé crença’ mas é pautada pelo que comumente acontece (*id quod plerumque accidit*) em certo setor ou situação de vida.” (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação, São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 233-234).

<sup>37</sup> SCHREIBER, Anderson. A proibição de Comportamento contraditório, São Paulo: Atlas, 2016, p. 66

<sup>38</sup> Na doutrina internacional, veja-se: “A locução *venire contra factum proprium* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente. Esse exercício é tido, sem contestação por parte da doutrina que o conhece, como inadmissível. (...) *Venire contra factum proprium* postula dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro – *factum proprium* – é, porém, contrariado pelo segundo. Esta fórmula provoca, à partida, reações afectivas que devem ser evitadas” (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa fé no Direito Civil. Lisboa: Almedina, 2001, p. 743-745).



O que tornou inconsistente o voto proferido pelo Banco Itaú, no sentido de rejeitar o plano, foi o ato de celebrar acordo com a devedora em outros processos judiciais, uma vez que o adimplemento dessas avenças dependia da manutenção da atividade, o que contrariava a vontade manifestada em sede de deliberação assemblear, quando o mesmo credor votou pela rejeição do plano e consequente quebra do devedor.

O julgado também se presta a alertar credores que tenham seus créditos submetidos aos efeitos de uma determinada recuperação judicial para que alinhem seus interesses em relação a crédito que se submeta aos efeitos da recuperação, com outro que eventualmente esteja excetuado do procedimento recuperacional, sob pena de ter sua vontade suprimida e substituída pelo juízo da recuperação judicial.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A reflexão proposta no presente artigo não será útil se analisada por um viés protecionista da figura do devedor. O que se pretendeu nessas linhas foi justamente destacar a assembleia geral de credores como órgão deliberativo, solene e soberano. Alterar seu resultado por meio de declarações unilaterais e proferidas depois de encerrado o conclave atrairá imensa insegurança jurídica para o ato, o que é indesejável não apenas para os credores como também para os devedores.

Assim, se as alterações de voto ocorrerem sem o devido escrutínio, o dia seguinte ao da deliberação assemblear será cercado de incerteza tanto para o devedor que teve seu plano rejeitado como para o devedor que teve seu plano aprovado.

Há que se concordar que a providência de corrigir o voto proferido em erro é acertada e que a correção solicitada durante a realização do ato assemblear é medida absolutamente aceitável, uma vez que, não raramente, um representante fala em nome de diferentes credores, sendo passível admitir que equívocos sejam cometidos no momento do exercício do direito de voto.

De outro lado, admitir a alteração de voto de forma unilateral e sem qualquer parâmetro, acabaria com o sentido de se ter uma assembleia credores, de se estruturar a negociação coletiva, minando a segurança jurídica do procedimento.

Finalmente, e em atenção à segurança jurídica que deve permear o ato assemblear, defende-se que havendo manifestação fundamentada por parte do credor, no sentido de alterar seu voto, entende-se necessário convocar nova assembleia de credores, sob pena de admitir que se o juiz pode, unilateralmente, alterar um voto que rejeita para aprovar o plano, poderá promover, com a mesma autoridade, a mudança em sentido contrário e alterar o voto de um determinado credor que aprovou o plano para rejeitá-lo, sob o argumento que lhe for apresentado.

A convocação de uma nova assembleia reforça não apenas o respeito à soberania da deliberação assemblear como também a segurança jurídica que deve respaldar a reunião de credores que delibera sobre o futuro do devedor.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas** [livro eletrônico]. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

BRASIL Superior Tribunal de Justiça (STJ). **REsp nº 1.649.774/SP**. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. 3ª Turma. Julgamento em 12.02.2019. DJ em 15.02.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **AgInt no REsp nº 1.860.752/PR**. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. 3ª Turma. Julgamento em 19.10.2020. DJ em 26.10.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **AgInt nos EDcl no AREsp nº 1.571.924/SP**. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. 3ª Turma. Julgamento em 24.08.2020. DJ em 01.09.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **REsp nº 1.766.412/RJ**. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. 3ª Turma. Julgamento em 12.02.2019. DJ em 15.02.2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). **AgInº 2207481-98.2020.8.26.0000**.



Relator: Des. Grava Brazil. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Julgamento em 21.11.2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). **AgInº 2229551-12.2020.8.26.0000**. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator: Des. Pereira Calças. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/esaj/> Acesso em: 25 nov. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). **Processo nº 1057756-77.2019.8.26.0100**. Juiz João de Oliveira Rodrigues Filho. 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo. Julgamento em 23.03.2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). **Processo nº 1110406-38.2018.8.26.0100**. Juiz de Direito Marcelo Barbosa Sacramone. 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais, distribuída em 25.10.2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ). **AgI nº 0052425-04.2020.8.19.0000**. Relator: Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes Filho. 2ª Câmara Cível. Julgamento em 05.10.2020.

BUMACHAR, Juliana. Grupo de Trabalho do CNJ e suas recomendações. **CMR Empresarial**. Disponível em [https://www.youtube.com/watch?v=5n\\_sdAADlc8](https://www.youtube.com/watch?v=5n_sdAADlc8). Acesso em 31 Ago. 2020.

CALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Pandemia, crise econômica e lei de insolvência**. Porto Alegre: Buqui, 2020.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

COLEHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. Lisboa: Almedina, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves. Lineamentos acerca da interpretação do negócio jurídico:

perspectivas para a utilização da boa-fé objetiva como método hermenêutico. **Revista de direito privado**, v. 31, p. 7-30, jul./set. 2007.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação, São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MENEZES, Mauricio Moreira Mendonça de. O exercício da autonomia privada na recuperação judicial. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**. São Paulo, v. 2, out./dez. 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: introdução ao direito civil; teoria geral de direito civil [livro digital]. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva, 2018.

SANTA CRUZ, André. **Direito empresarial**. 9. ed. São Paulo: Método, 2019.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de Comportamento contraditório**, São Paulo: Atlas, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. Soluções Práticas de Direito: Pareceres: Relações Obrigacionais e Contratos. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2012.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Teoria geral do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

THEODORO JUNIOR, Humberto. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord). **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3, t. 1.



# **A EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE FISCAL PARA FINS DE CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL À LUZ DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA**

## **THE REQUIREMENT OF FISCAL REGULARITY FOR THE PURPOSE OF GRANTING JUDICIAL RECOVERY IN THE LIGHT OF CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS AND THE PRINCIPLE OF COMPANY PRESERVATION**

**Pedro Ivo Lins Moreira\***

### **Resumo**

O presente trabalho pretende, a partir da análise do arcabouço teórico sobre o dever fundamental de pagar tributos e sobre a função social da empresa, ampliar o debate para posicionar-se sobre os recentes embates entre Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça acerca da exigência de certidão negativa de débitos tributários para fins de concessão da recuperação judicial, conforme prevê a redação dos arts. 57 da Lei 11.101/05 e 191-A do Código Tributário Nacional. Busca-se, assim, explicar que não há inconstitucionalidade ou incompatibilidade entre a exigência de regularidade fiscal e o princípio da preservação da empresa, percepção que, aliás, é reforçada pelas recentes alterações da Lei 11.101/05.

### **SUMÁRIO:**

I. Introdução; II. O dever fundamental de pagar tributos; III. A função social da empresa e a geração de tributos. IV. A interpretação dos artigos 57 da Lei 11.101/05 e 191-A do CTN antes

\* Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e Professor da Escola da Magistratura do Estado do Paraná.

da promulgação da Lei 13.043/14; V. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o crédito tributário na recuperação judicial; VI. Ponderações sobre jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça à luz da hermenêutica constitucional e do princípio da preservação da empresa; VII. Reações e diálogos institucionais; VIII. As inovações trazidas pela Lei 14.112/20; IX. Considerações finais; X. Referências bibliográficas.

### **I. INTRODUÇÃO:**

O empresário, pessoa física ou jurídica, que se dispõe a explorar atividade empresarial tem ciência de que ela é fonte geradora de obrigações tributárias, que precisam ser cumpridas para legitimar sua empreitada lucrativa.

Contudo, em tempos de crise econômico-financeira, tornou-se muito comum entre os empresários socorrer-se ao “financiamento” de sua atividade por meio do inadimplemento dos tributos. Assim, os recursos que – por lei – deveriam ser destinados ao pagamento de taxas, contribuições e impostos passam a ser alocados em outros compromissos reputados mais relevantes para o funcionamento da empresa, tais como os salários dos empregados e a aquisição de insumos junto aos fornecedores.

O empresário que toma a difícil escolha de trilhar pelo caminho da inadimplência tributária para recompor seu caixa – se é que podemos falar em escolha – sabe que ela poderá desencadear reações agressivas ao seu patrimônio por parte da Fazenda Pública ou até mesmo reduzir o seu leque de opções futuras para superação da crise, como ocorre com a proibição da concessão da recuperação judicial para aqueles que estão em situação de irregularidade fiscal.

Embora as medidas coercitivas indiretas para tutela do crédito tributário suscitem profundos debates, no campo da recuperação judicial ele foi reduzido ao pueril antagonismo entre o princípio da preservação da empresa versus o interesse da Fazenda Pública.

O escopo deste trabalho é ampliar o debate sobre a interpretação dos artigos 57 da Lei 11.101/05 – Lei de Recuperação e Falência (LRF) e 191-A do Código Tributário Nacional (CTN) em defesa da constitucionalidade da exigência das certidões negativas de débito tributário (CNDs) para concessão da recuperação judicial, especialmente diante

de recentes decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), que sinalizam uma possível alteração da jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre a dispensa da regularidade fiscal para fins de concessão da recuperação judicial.

## II. O DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR TRIBUTOS:

As discussões envolvendo tributos costumam despertar paixões e múltiplas visões ideológicas sobre o papel do Estado em nossa sociedade e também sobre a qualidade de sua atuação e interferência.

Ocorre que debates dessa natureza são próprios da esfera política, na qual os representantes do povo são os legitimados a fazerem escolhas – dentro dos limites constitucionais – capazes de manter ou redesenhar as instituições estatais – incluindo o sistema tributário – de acordo suas conveniências e oportunidades<sup>1</sup>.

Esse tipo de debate político não é o foco da nossa abordagem. Compreendemos que a via judicial não é apropriada para definir o que é melhor ou mais adequado para a sociedade do ponto de vista político, sociológico ou econômico, sobretudo quando já houver lei anunciando a escolha da coletividade.

Com efeito, o Estado Democrático de Direito exige que as respostas para os problemas encaminhados aos Tribunais sejam produto do direito posto e positivado e não da visão pessoal dos juízes que irão apreciá-los.

É bom que se diga que toda lei já carrega em si valorações e opções políticas assumidas pelo legislador, cabendo ao intérprete – caso mantidas as condições de normalidade – a função de aplicá-las<sup>2</sup>.

1 Esse interessante debate ocorreu na ADI n. 5468/DF, cujo objeto era a legitimidade do exercício da liberdade de conformação orçamentária pelo Poder Legislativo, que, no caso, envolviam escolhas que implicavam na redução dos valores disponíveis para o custeio do serviço público desempenhado pela Justiça do Trabalho.

2 Três autores exploram muito bem essa visão. São eles: i) Eros Roberto Grau (in *Por que tenho medo dos juízes – a interpretação/aplicação do direito e princípios*, 6ª Ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013), ii) Jeremy Waldron (in *A Dignidade da Legislação*: tradução de Luís Carlos Borges. 1ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2003) e iii) John Hart Ely (in *Democracia e Desconfiança*: tradução de Juliana Lemos. 1ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010). Na obra deste último, pode-se extrair o seguinte trecho: “a maioria das decisões importantes é tomada por nossos representantes eleitos. Os juízes, pelo menos os juízes federais – apesar de obviamente não

Feito esse breve registro, pode-se iniciar a explicação sobre o dever fundamental de pagar tributos com base na premissa defendida por Stephen Holmes e Cass R. Sustein, no sentido de que sem tributação não existiria a figura do Estado Contemporâneo tal qual conhecemos, já que sem receita pública não há como financiar serviços públicos, seguridade social, segurança pública, entre outras funções imprescindíveis para vida em sociedade. Segue abaixo um pequeno recorte da visão dos autores:

A Declaração de independência proclama que, “para garantir estes direitos, Governos são estabelecidos entre os homens”. A verdade óbvia de que os direitos dependem do governo, ou seja, do Estado, deve-se acrescentar uma consequência lógica rica em implicações: os direitos custam dinheiro e não podem ser protegidos e nem garantidos sem financiamento e apoio públicos [...] Tanto o direito ao bem-estar social quanto o direito à propriedade privada custam dinheiro para o público. O direito à liberdade contratual tem custos públicos, assim como o direito à assistência médica; o direito à liberdade de expressão tem custos públicos, do mesmo modo que o direito a uma habitação decente. Todos os direitos impõem exigências ao tesouro público<sup>3</sup>.

No Brasil, o dever fundamental de pagar tributos encontra sua principal base normativa nos arts. 3º e 145 a 162 da Constituição Federal de 1988 (CF). O titular do direito correspondente a esse dever fundamental é a coletividade, personificada na figura do Estado, cuja estrutura (executiva, legislativa e judicial) poderá ser acionada para garantir o seu efetivo cumprimento, na forma estabelecida pelo ordenamento jurídico.

É a interface entre os direitos fundamentais e o dever de pagar tributos que irá legitimar a existência de uma série de normas que instituem privilégios em favor da Fazenda Pública e criam instrumentos capazes de direcionar, estimular e compelir os contribuintes a dedicarem parcela de seus patrimônios pessoais em favor da comunidade.

desconsiderarem por completo a opinião popular – não são eleitos nem reeleitos. ‘Em última análise, nada pode diminuir a importância da função consignada da teoria e prática democrática ao processo eleitoral; nem se pode negar que o poder das instituições representativas (originárias do processo eleitoral) de formular cursos de ação política é a característica distintiva do sistema. O controle judicial de constitucionalidade choca-se contra essa característica’ [...] Uma maioria totalmente livre para agir é, de fato, coisa perigosíssima, mas é preciso fazer um grande salto lógico para passar dessa ideia à conclusão de que a imposição de uma “constituição não escrita” por parte de autoridades não eleitas seja a resposta adequada numa república democrática. (Op. Cit. pgs. 7-13)

3 HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos: tradução de Marcelo Brandão Cipolla. 1. Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019, pg. 5.

Em razão da indispensabilidade da contribuição coletiva para o atingimento dos objetivos constitucionais<sup>4</sup> é que se mostra inconcebível uma resposta do Estado-Juiz que seja capaz de introduzir incentivos ao descompromisso fiscal ou que fulmine os privilégios tributários garantidos pela supremacia do interesse público.

### **III. A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E A GERAÇÃO DE TRIBUTOS:**

A Lei 11.101/05 não pretende preservar qualquer empresa, mas somente aquelas que sejam capazes de cumprir sua função social.

Em nossa visão, o conceito de função social foi bem traduzido na redação do Projeto de Lei 487/13 do Senado Federal, que trata do Novo Código Comercial, in verbis<sup>5</sup>:

A empresa cumpre sua função econômica e social ao gerar empregos, tributos e riqueza, ao contribuir para o desenvolvimento econômico da comunidade em que atua, ao adotar práticas empresariais com observância de toda legislação aplicável à sua atividade, em especial aquela voltada à proteção do meio ambiente, dos direitos dos consumidores e da livre competição.

A geração de tributos – entendida como a efetiva geração de receita tributária – constitui um dos elementos fundamentais do conceito da função social da empresa. Assim, empresas que concentram postos de trabalho, produzem riqueza e geram lucro, mas ignoram suas obrigações tributárias, não cumprem aquilo que socialmente se espera delas.

<sup>4</sup> A ideia de que o Estado é instituído para assegurar direitos consta expressamente no preâmbulo de nossa Constituição Federal: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a [...] CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

<sup>5</sup> Na doutrina, segundo o Prof. Dr. Marcelo Barbosa Sacramone: “Apenas a atividade viável e que garanta o adimplemento de suas obrigações sociais, com a entrega de produto aos consumidores, com o recolhimento dos seus impostos, pagamento de seus trabalhadores e credores, tornará efetiva sua função social” (in Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018. pg. 191). No mesmo sentido, Prof. Dr. Daniel Carnio Costa: “São ônus empresariais da empresa em recuperação: agir de maneira transparente e de boa-fé, manter os postos de trabalho, recolher tributos, produzir e fazer circular produtos e serviços e, enfim, preservar os benefícios e sociais que são buscados com a manutenção da atividade empresarial” (in Comentários Completos à Lei de Recuperação de Empresas e Falências, v.1. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2015, pg. 24).

Aqui devemos lembrar que o dever fundamental de pagar tributos foi acoplado à ideia de função social.

No entanto, é preciso não confundir o estado de inadimplência reversível e episódico com aquele irreversível, pois precisamos divisar o empresário habilidoso e de boa-fé que atravessa períodos turbulentos, daquele que se vale do descontrole do passivo tributário para mascarar sua inaptidão para os negócios ou para evidenciar sua má-fé.

O primeiro merece ter acesso a ferramentas jurídicas de apoio para que retome a situação de regularidade, a exemplo da transação e do parcelamento tributários; o segundo deve ser afastado de suas atividades, porque a explora de forma insustentável.

De todo modo, ainda que a inadimplência fiscal seja episódica e involuntária, parece claro que o empresário não poderá projetar a superação de sua crise sem apresentar meios reais e concretos de equacionar o débito tributário.

Do contrário, haverá o risco moral de transformar os instrumentos destinados ao enfrentamento da crise empresarial, como é o caso da recuperação judicial, em estratégias para driblar os interesses da administração tributária, o que jamais poderá ser admitido, sob pena de cair em descrédito.

### **IV. A INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 57 DA LEI 11.101/05 E 191-A DO CTN ANTES DA PROMULGAÇÃO DA LEI 13.043/14:**

A exigência de certidão negativa de débitos tributários (CND) para concessão da recuperação judicial revela um mecanismo legítimo e eficaz para impor comprometimento do devedor com sua regularidade fiscal e para impedir a realização de pagamentos a credores subordinados antes da satisfação da Fazenda Pública.

De acordo com a redação do art. 57 da LRF: “Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembleia-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 nº 5.172 [...]”.

O art. 191-A do CTN reforça a exigência: “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”.

As duas regras supramencionadas, além de estimularem a observância das obrigações tributárias, também visam resguardar a preferência prevista no art. 186 do CTN, segundo o qual: “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”.

Logo, é possível concluir que a exigência da CND não configura mero formalismo, mas sim verdadeira garantia do interesse público. Quando o assunto é concurso de credores fora da falência, o legislador determinou que as obrigações tributárias prevalecem sobre todas as obrigações privadas, ressalvas as de natureza trabalhista<sup>6</sup>.

Nada obstante, sensível à crise do devedor, o legislador contrabalançou a exigência da regularidade fiscal com a previsão, no art. 68 da LRF, de parcelamento especial do débito tributário pelas Fazendas Públicas e pelo Instituto Nacional de Seguro Social. No mesmo sentido, o art. 155-A, §3º do CTN estabelece que: “Lei específica disporá sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial”.

Para evitar lacunas normativas em prejuízo ao devedor em recuperação judicial, o legislador dispôs, no art. 155, §4º do CTN, que a inexistência da lei especial de parcelamento autorizará a aplicação das leis gerais do respectivo ente da Federação.

<sup>6</sup> Nesse sentido, confira-se o voto vencedor proferido pelo Ministro Antonio Nader: “Estou em que o Supremo Tribunal deve logo esclarecer por seu Plenário que, após a Lei n. 5.172-66, Código Tributário Nacional, não se pode mais desconhecer o caráter absoluto do privilégio conferido ao crédito tributário e, que, por isto, não se lhe pode antepor qualquer outro crédito, mesmo que seja de natureza real [...] É que as regras do art. 184 e 186 da Lei n. 5.172/66 constituem a sede jurídica da matéria no tocante ao privilégio do crédito tributário, pois elas demonstram que o legislador seguiu, no assunto, a doutrina publicista, que sustenta o princípio de que a faculdade de criar privilégios para garantir a cobrança de tributos é inerente ao direito de instituí-lo e cobrá-lo, isto é, que se trata, no pormenor, de matéria que deve ser tratada no Direito Tributário, o qual, depois que se tornou autônomo, adquiriu força bastante para revogar tudo que, sendo inerente à disciplina, se oponha aos princípios por ele instituídos [...] Deve-se convir neste ponto relevante: o privilégio do crédito tributário tem seu fundamento na especialíssima natureza da obrigação a que ele corresponde, a qual, pertinente a uma das disciplinas do Direito Público, difere, na substância, daquelas que são próprias do Direito Privado e que foram estruturadas mediante inspiração individualista”. (STF - RE 80274 EDv, Relator ANTONIO NEDER, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/1976)

Nessa linha, parte da doutrina entendia pela inexistência de omissão relevante envolvendo a matéria de parcelamento tributário no contexto da recuperação judicial, porquanto o art. 155, §4º já colmatava a lacuna ao admitir a aplicação das leis gerais de parcelamento. Essa compreensão acabou sendo ratificada pelo STF<sup>7</sup>, que em sede de Mandado de Injunção (MI 2975-DF) decidiu o seguinte:

[...] o próprio Código Tributário Nacional solve a controvérsia, determinando, no aguardo de porvindoura legislação a tratar do parcelamento relativo às empresas em recuperação judicial, a aplicação das regras gerais de parcelamento. [...] Em análise de maior espectro, é de se cogitar que a previsão do parágrafo 4º do artigo 155-A supriria a própria omissão, haja vista determinar a incidência das regras gerais na ausência de previsões específicas ao caso, fato impeditivo ao conhecimento da injunção.

Assim, embora os textos de lei deixem claro que a exigência de CND independe de lei de específica de parcelamento tributário – do contrário, o art. 155, §4º do CTN seria letra morta –, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) passou a considerar que a imposição de regularidade fiscal dependeria do efetivo cumprimento do art. 68 da Lei 11.101/05 (Corte Especial, REsp 1.187.404/ MT), isto é, da elaboração de uma lei especial de parcelamento em favor de devedores em recuperação judicial.

Um pequeno trecho da ementa é capaz de explicar a exegese empregada pelo Min. Relator Luis Felipe Salomão:

O parcelamento tributário é direito da empresa em recuperação judicial que conduz a situação de regularidade fiscal, de modo que eventual descumprimento do que dispõe o art. 57 da LRF só pode ser atribuído, ao menos imediatamente e por ora, à ausência de legislação específica que discipline o parcelamento em sede de recuperação judicial, não constituindo ônus do contribuinte, enquanto se fizer inerte o legislador, a apresentação de certidões de regularidade fiscal para que lhe seja concedida a recuperação.

Apesar de constar no corpo do acórdão que o entendimento sufragado decorre da aplicação de princípios constitucionais, a exemplo da função social da propriedade, capacidade contributiva e isonomia material tributária, cabe o contraponto de que o Supremo Tribunal Federal não

<sup>7</sup> Ver, outrossim, MI 6419 ED e MI 5392 ED julgados pelo plenário do STF.

possui precedente reconhecendo o mencionado “direito ao parcelamento tributário”.

Em verdade, a posição do STF em matéria tributária costuma ser de autocontenção, por conta dos imprevisíveis impactos que suas decisões podem causar ao orçamento<sup>8</sup>. Em outros termos, ele reconhece que nesse campo o Poder Legislativo goza de liberdade de conformação, precisamente porque está lidando com a base de custeio de direitos fundamentais e funções públicas<sup>9</sup>.

De toda forma, o precedente da Corte Especial do STJ sedimentou o entendimento de que, em homenagem ao princípio da preservação da empresa, a exigibilidade do art. 57 fica condicionada a edição do parcelamento especial prometido no art. 68, ambos da LRF.

## **V. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL:**

O entendimento perfilhado pela Corte Especial do STJ representou uma mudança histórica em sua jurisprudência<sup>10</sup> e reforçou a percepção de que, atualmente, há uma tendência reativa dos integrantes das Turmas de Direito Privado aos privilégios da administração tributária, notadamente daqueles que possam dificultar a superação da crise empresarial.

Essa mudança de paradigma acelerou a criação da lei especial de parcelamento de débitos tributários para devedores em recuperação judicial (Lei 13.043/14). E, mais recentemente, também foi instituído o programa de transação tributária (Lei 13.988/20) e melhorias nas condições da regularização tributária (Lei. 14.112/20)<sup>11</sup>, o que demonstra que o legislador – atento à jurisprudência – se preocupou em abrir novos caminhos para facilitar o saneamento fiscal.

Diante dessas inovações normativas, o descumprimento do art. 68 da LRF, em tese, não

8 “Não cabe ao judiciário imiscuir-se no mérito das decisões políticas adotadas pelo legislador e pela Administração tributária. Agravo regimental a que se nega provimento”. (STF - AI 837957 AgR/RS, Rel. Min. Roberto Barroso, Dj. 09/04/2014).

9 STF - RE 709315 AgR/RS, Dj. 27/11/2012.

10 STJ - REsp 713.515/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 17/05/05 e REsp 23.044/RS, Rel. Min. Antônio Torreão Braz, Dj. 21/02/94.

11 Leis aplicáveis no âmbito federal.

poderia mais servir de fundamento para afastar a incidência dos arts. 57 da LRF e 191-A do CTN.

Diante dessa nova realidade, o Superior Tribunal de Justiça, apesar de reconhecer o preenchimento da (suposta) lacuna pela Lei 13.043/14, desenvolveu outros argumentos para continuar dispensando as apresentações das certidões negativas de débitos tributários. Neste sentido, veja-se o acórdão de lavra da Min. Nancy Andrighi, no REsp 1.864.625/SP:

[...] 5. Muito embora a lacuna legislativa acerca do parcelamento especial tenha sido preenchida, na esfera federal, com a edição da Lei 13.043/14 (regulamentada pela Portaria PGFN-RFB n. 1/15), a demonstração da regularidade fiscal do devedor que busca o benefício recuperatório não pode ser exigida sem que se verifique sua compatibilidade com os princípios e objetivos que estruturam e servem de norte à operacionalização do microssistema instituído pela Lei 11.101/05, elencados neste mesmo diploma legal. [...] 12. No particular, o que se constata é que a exigência legal não se mostra adequada para o fim por ela perseguido – garantir o adimplemento do crédito tributário –, tampouco afigura-se necessária para a obtenção desse resultado. [...] 19. Não se pode deixar de considerar que, ao se observar a realidade econômica brasileira, os empresários e as sociedades empresárias em crise geralmente apresentam alto passivo tributário, sendo as obrigações dessa natureza as que, via de regra, primeiramente deixam de ser cumpridas pelo devedor, em grande medida como resultante da elevada carga tributária e da complexidade do sistema atual.

Posição semelhante foi sustentada pelo Min. Luis Felipe Salomão no Ag. Int no Agravo em REsp 1.100.371/RJ:

Frise-se, por oportuno, que a vigência da Lei n. 13.043/14, não alterou o posicionamento desta Corte. Com efeito, o STJ mesmo após a publicação do referido diploma legal, manteve seu entendimento de que deve ser conferida uma exegese teleológica a nova Lei de Falências, visando conferir operacionalidade à recuperação judicial, sendo, pois, desnecessária a comprovação de regularidade tributária, nos termos do art. 57 da Lei n. 11.101/2005 e do art. 191-A do CTN, diante da inexistência de lei específica a disciplinar o parcelamento da dívida fiscal e previdenciária de empresas em recuperação judicial.

Embora a louvável intenção de resguardar os interesses que envolvem a preservação da

empresa, certo é que o novo entendimento alterou as regras do jogo sem um exame mais aprofundado sobre seus impactos e consequências fiscais.

Muitos dos críticos da posição assumida pelo STJ têm sustentado que a dispensa das CNDs passou a incentivar comportamentos estratégicos por parte de mau pagadores, tornando a recuperação judicial terreno fértil para o chamado “calote tributário”, especialmente em razão da possibilidade de alienar ativos sem sucesso<sup>12</sup>.

De fato, a proteção excessiva do devedor, sem o devido contrapeso de sua função social na dimensão fiscal, tornou o caminho da satisfação do crédito tributário extremamente complexo. Ao lado da dispensa das CNDs, o Superior Tribunal de Justiça também passou a estabelecer uma série de regras e condições que, na prática, engessaram a execução fiscal, conforme demonstram os tópicos a seguir:

i) As Fazendas Públicas não participam da recuperação judicial, seja porque não se encontram entre as classes de credores votantes (art. 41), seja porque a execução fiscal não se suspende (art. 6º, §7º), seja porque os seus créditos não podem ser alterados pelo plano de recuperação;

ii) Tal dinâmica é justificada em razão das normas protetivas do crédito tributário, que estão dispostas nos arts. 5º, 29 e 31 da Lei 6.830/80, art. 57 da Lei 11.101/05 e nos arts. 185, 186 e 191-A do CTN. Assim, não haveria participação no concurso dada sua natureza prioritária e indisponível. No tocante às disposições patrimoniais contidas no plano de recuperação judicial, os privilégios das Fazendas Públicas estariam, em tese, assegurados, inclusive no que se refere à ordem de pagamento, porque a concessão da recuperação judicial dependeria da exibição das CNDs;

iii) Entretanto, na prática, todas essas normas vem sendo flexibilizadas. Por exemplo: um dos fundamentos empregados para contornar a exigência da CND é que a recuperação judicial não prejudicaria as Fazendas Públicas porque, em razão do art. 6º, §7º da Lei 11.101/05, elas

12 Nesse sentido, vale conferir alguns acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: i) AgR 0248346-18.2011.8.26.0000, Des. Pereira Calças, Dj. 14/08/2012; ii) Al. 0227587-33.2011.8.26.0000, Des. Francisco Loureiro; 1ª CRDE, Dj. 30/10/2012; iii) Al. 0086565-16.2013.8.26.0000, Des. Francisco Loureiro, 1ª CRDE, Dj. 29/08/2013; iv) Al. 2062894-27.2013.8.26.0000, Des. Ricardo Negrão, 2ª CRDE, Dj. 22/09/2014; v) Al. 2062973-69.2014.8.26.0000, Des. Ricardo Negrão, 2ª CRDE, Dj. 17/02/2016; vi) Al. 2143108-97.2016.8.26.0000, Des. Carlos Alberto Garbi, 2ª CRDE, Dj. 15/05/2017; vii) Al. 2125882-79.2016.8.26.0000, Des. Ricardo Negrão, 2ª CRDE, Dj. 12/06/2017; viii) Al. 2014186-33.2019.8.26.0000, Des. Fortes Barbosa; 1ª CRDE, Dj. 10/04/2019; ix) Al. 2251668-31.2019.8.26.0000; Des. Araldo Telles, 2ª CRDE, Dj. 20/07/2020.

poderiam prosseguir normalmente nos processos de execução fiscal;

iv) Contudo, criou-se um paradoxo, pois a premissa anterior foi esvaziada na prática. Ao contrário do que é afirmado, as execuções fiscais não prosseguem normalmente, já que o STJ também compreende que as execuções fiscais não podem dificultar o soerguimento do devedor em recuperação judicial e por esse motivo passou a proibir a prática de atos expropriatórios na execução fiscal<sup>13</sup>;

v) Com efeito, o STJ passou a entender que, até o encerramento da recuperação judicial, todos os atos constitutivos contra devedores em recuperação judicial devem ser controlados pelo chamado “juízo universal da recuperação judicial”<sup>14</sup>;

vi) Esse entendimento contrariou o sentido normativo do art. 6º, §7º, pois resultou na efetiva suspensão das execuções fiscais – ainda que indiretamente<sup>15</sup>;

vii) Os precedentes mencionados não explicam, por exemplo, como será feito esse “incidente de controle de atos constitutivos” pelo juízo da recuperação judicial<sup>16</sup> ou o que deverá ser levado em conta diante da insuficiência patrimonial para cumprir o plano e ao mesmo tempo atender aos créditos não sujeitos. Qual interesse deverá prevalecer quando só restarem bens essenciais<sup>17</sup>?

13 De acordo com o recente posicionamento perfilhado pela colenda Segunda Seção desta a. Corte, embora a execução fiscal não se suspenda em razão do deferimento da recuperação judicial da empresa executada, são vedados atos judiciais que importem a redução do patrimônio da empresa, ou exclua parte dele do processo de recuperação, sob pena de comprometer, de forma significativa, o soerguimento desta. (AgRg no AgRg no CC 120.644/RS, Rel. Min. Massami Uyeda, Segunda Seção, Dj. 27/06/2012)

14 “Como ainda não ocorreu o trânsito em julgado da sentença de encerramento da recuperação judicial, o Juízo falimentar continua atraindo para si as decisões acerca do patrimônio da empresa devedora. [...] embora as execuções fiscais não sejam suspensas com o deferimento da recuperação judicial, os atos de alienação ou de constrição que comprometam o cumprimento do plano de reorganização da empresa somente serão efetivados após a anuência do Juízo da recuperação judicial”. [...] (STJ - EDcl nos EDcl no CC 128.618/MT, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, Dj. 11/03/2015)

15 “Embora a execução fiscal, em si, não se suspenda, são vedados atos judiciais que inviabilizem a recuperação judicial, ainda que indiretamente resulte em efetiva suspensão do procedimento executivo fiscal por ausência de garantia de juízo”. (STJ - REsp 1166600/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, Dj. 04/12/2012)

16 Na nossa visão, cuidando-se de ato de cooperação entre juízos, a carta precatória se apresenta como o meio mais adequado para o cumprimento do ato, tal qual estabelece os arts. 67 a 69 e 237, III do CPC.

17 Compartilhamos do entendimento do Prof. Marcelo Barbosa Sacramone: “Ao juízo da recuperação judicial, contudo, não cabe indeferir toda e qualquer constrição. Cumpre-lhe apenas realizar um juízo de menor onerosidade, de modo a preservar os ativos indispensáveis ao plano desde que haja outro bens que possam satisfazer a execução fiscal. Na impossibilidade, a superação da crise econômico-financeira da recuperanda não pode ser

viii) Como não existe ato expropriatório que não embarace ou dificulte o soerguimento da empresa, o entendimento dominante acabou subvertendo o privilégio contido no art. 185 e 186 do CTN, inclusive porque permite que bens do devedor sejam alienados, sem sucessão (art. 60, §ú. da LRF), para pagar credores concursais subordinados (art. 41, inc. II, III e IV) à Fazenda Pública<sup>18</sup>;

ix) Para obter ampla adesão na assembleia de credores, muitos planos de recuperação judicial vêm sendo construídos de forma artificial, buscando atender somente aos interesses do devedor e dos credores sujeitos ao plano, sobretudo porque a jurisprudência dispensa a demonstração objetiva de sua viabilidade econômica. Em muitos casos, calha de ser aprovado um plano não em virtude da real viabilidade da empresa<sup>19</sup>, mas porque foram oferecidos ganhos extras provenientes da burla aos privilégios fiscais;

x) Dessa forma, inverteu-se a lógica do sistema normativo com a imposição da supremacia dos interesses privados sobre o interesse público, notadamente porque na dinâmica atual os credores sujeitos ao plano estão prevalecendo sobre as Fazendas Públicas<sup>20</sup>.

Esses dez tópicos evidenciam como o princípio da preservação da empresa se tornou absoluto e dominou o debate na jurisprudência, passando a ser empregado, inclusive, para neutralizar muitas normas de igual hierarquia que pudesse contrapô-lo ou dificultar a situação do devedor em crise.

Sem embargo dos relevantes fundamentos utilizados, acredita-se que essa posição pode desequilibrar o sistema de insolvência, criar incentivos perversos e fomentar a adoção de comportamentos estratégicos<sup>21</sup>.

realizada às custas dos créditos de natureza tributária ou dos demais credores não submetidos à recuperação judicial” (Op. Cit. pg. 259).

18 TJSP – AI. 2080367-50.2018.8.26.0000; Des. Cesar Ciampolini; 1ª CRDE, Dj. 28/09/2018.

19 “Demonstração da viabilidade financeira da sociedade que de fato foi realizada de forma lacônica. Plano de recuperação judicial que contudo foi aprovado por todos os credores presentes na assembleia com exceção da ora agravante. Manifestação de vontade da clara maioria de credores que, mesmo em tais condições, optou por dar um voto de confiança à devedora, acreditando na perspectiva de seu soerguimento e conseqüente cumprimento dos termos do plano de recuperação judicial. Deliberação que portanto deve ser prestigiada”. (TJSP – AI. 2107342-80.2016.8.26.0000, Des. Fabio Tabosa; 2ª CRDE, Dj. 19/09/2016)

20 A questão jurídica central sobre a possibilidade da prática de atos constritivos, em sede de execução fiscal, será debatida com mais profundidade nos REsp 1.694.261/SP, REsp 1.694.316/SP e REsp 1.712.484/SP, que foram submetidos ao regime dos recursos repetitivos (Tema 987).

21 Os Professores Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento ensinam que: “Quase todo o debate sobre

VI. Ponderações sobre a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça à luz da hermenêutica constitucional e do princípio da preservação da empresa:

A subversão do sistema de privilégios tributários em nome de um princípio que diz que as empresas devem ser preservadas – independentemente do estado de grave inadimplência fiscal – denota uma simplificação do problema e uma compreensão equivocada do próprio princípio, principalmente porque minimiza os impactos que residem por detrás desse raciocínio.

Do ponto de vista da hermenêutica constitucional, não há teoria que autorize o Poder Judiciário a desconsiderar normas que contemplem escolhas políticas favoráveis à tutela do crédito tributário somente pela discordância de seu conteúdo ou de seu resultado.

Opiniões sobre como a preservação da empresa poderia trazer mais benefícios do que a garantia do privilégio crédito tributário devem ser consideradas e sopesadas durante o processo legislativo, mas não nos processos judiciais, especialmente quando o debate já foi encerrado pela lei e não há nenhuma razão constitucional apta a afastá-la.

Obviamente, isso não impede que o debate judicial sobre os arts. 57 da LRF e 191-A do CTN ocorra no plano constitucional. Nesses casos, as opiniões que muitas vezes são invocadas como reforço argumentativo precisam ser extraídas de normas constitucionais para ter validade jurídica no debate.

Por isso, o STF não tem permitido que a técnica da “interpretação lógico-sistemática” sirva de fundamento para afastar a aplicação de dispositivos legais, na medida em que isso equivaleria aos efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade disfarçada. Em

a ponderação concentra-se na sua realização pelo juiz. Porém, não é apenas o Poder Judiciário que realiza ponderações entre interesses constitucionais contrapostos. O Legislativo e a Administração Pública também o fazem, e até mesmo particulares, quando têm de resolver, no âmbito das suas atividades, colisões entre normas constitucionais. Aliás, numa democracia, quem tem a primazia na ponderação é o legislador que, ao regulamentar as mais diferentes matérias, deve levar em consideração as exigências decorrentes de normas e valores constitucionais por vezes conflitantes. [...] Contudo, dentro da margem que possui, a decisão do legislador não deve ser invalidada pelo Judiciário, ainda que o juiz não considere ideal, tendo em vista o dever de deferência jurisdicional diante das normas legislativas, decorrentes do princípio democrático. [...] a tendência da ponderação a certo casuísmo levanta alguns questionamentos, pois amplia o risco de arbítrio judicial, além de prejudicar a previsibilidade do Direito, comprometendo a segurança jurídica do cidadão” (in Direito Constitucional: teoria, história e método de trabalho. 1ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pgs. 514-520).

outros termos, a interpretação não pode desconsiderar os limites semânticos do texto e nem anulá-lo por completo<sup>22</sup>.

Nesse sentido, diz a Súmula Vinculante 10: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

Essa dinâmica constitucional explica o elevado número de recursos manejados pela União, Estados e Municípios questionando a validade dos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, especialmente no tocante a separação de poderes (art. 2º), ao princípio da legalidade (art. 5º, inc. II) e da reserva de plenário (art. 97 e Súmula vinculante n. 10).

De todo modo, apesar das vozes em sentido contrário, entendemos que os arts. 57 da Lei 11.101/05 e 191-A do CTN são razoáveis e proporcionais porque possuem aptidão para satisfazer a finalidade almejada pelo legislador, no sentido de equilibrar os meios de soerguimento de devedores em crise com outros valores relevantes, a exemplo da proteção do crédito tributário, da função social da empresa e do desestímulo a concorrência desleal.

Além disso, não há como classificar a exigência de regularidade fiscal para fins de concessão de recuperação judicial como “sanção política” contra o devedor, porque esse tipo de argumento não encontra respaldo na atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Em verdade, há diversos precedentes que reconhecem a legitimidade de mecanismos indiretos de garantia ao crédito fiscal, a exemplo do protesto da CDA, da exigência de regularidade fiscal para manutenção de registro especial ou para acessar programas fiscais mais vantajosos ao contribuinte<sup>23</sup>.

22 Segundo a doutrina: “os conceitos e possibilidades semânticas do texto figuram como ponto de partida e como limite máximo da interpretação. O intérprete não pode ignorar ou torcer o sentido das palavras, sob pena de sobrepor a retórica à legitimidade democrática, à lógica à segurança jurídica”. (Luís Roberto Barroso, in Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – 3ª Ed., Saraiva, 2011, pg. 315). Na jurisprudência do STF, confirma-se o REP. 1.417/DF, Rel. Moreira Alves: “Se a única interpretação possível compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme a Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, que é privativo do legislador positivo.”

23 Confirma-se seguintes julgados: (i) RE 550.679/RJ; (ii) ADI 5135/DF; (iii) RE 909.715/PR; (iv) RE 627.543/RS e (v) AC.1657 MC/RJ.

No RE 550.679, a Suprema Corte reconheceu a constitucionalidade do art. 2º do Decreto-Lei 1.539/77, que autorizava a gravíssima medida de cancelamento de registro especial para fabricação de cigarros, em razão de contumaz inadimplência tributária. Conforme esclareceu o relator Min. Joaquim Barbosa<sup>24</sup>, a jurisprudência que impede a sanção política no âmbito tributário não serve de escudo para devedores contumazes ou de proibição para que o legislador crie novas ferramentas para combater a inadimplência tributária.

Note-se que o conceito de sanção política desenhado pelo Supremo Tribunal Federal proíbe apenas atos da administração tributária capazes de impactar diretamente na operação de produção e circulação de bens e serviços, como ocorre com a interdição de estabelecimento, apreensão de mercadorias ou restrições à expedição de notas fiscais<sup>25</sup>.

Essa exegese foi muito bem desenvolvida no voto condutor da ADI 5.135/DF, ocasião em que o Min. Luis Roberto Barroso reconheceu a validade do protesto da certidão de dívida ativa como mecanismo indireto de tutela ao crédito público<sup>26</sup>. Na ocasião, o Ministro reconheceu

24 São palavras do Ministro: “É inequívoco, contudo, que a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal não serve de escusa ao deliberado e temerário desrespeito à legislação tributária. Não há que se falar em sanção política se as restrições à prática de atividade econômica objetivam combater estruturas empresariais que têm na inadimplência tributária sistemática e consciente sua maior vantagem concorrencial. Para ser tida como inconstitucional, a restrição ao exercício de atividade econômica deve ser desproporcional e não-razoável”.

25 Súmulas 70 (“É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo”); Súmula 323 (“É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos”) e 547 (“Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais”).

26 Aqui vale transcrever um pequeno trecho do voto porque seus fundamentos também advogam em favor da constitucionalidade da exigência de CND para fins de concessão da recuperação judicial: “Já em relação aos benefícios decorrentes da medida em questão, é possível apontar (i) a realização dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade na recuperação dos créditos tributários (arts. 37 e 70, CF), (ii) a garantia da livre concorrência, evitando-se que alguns agentes possam extrair vantagens competitivas indevidas da sonegação de tributos (art. 170, IV, CF), e (iii) a redução do congestionamento do Judiciário, em benefício da realização do princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF). Em primeiro lugar, a cobrança eficiente dos créditos estatais não atende apenas o interesse secundário do Estado, mas também interesses de toda a coletividade. Isso porque permite uma maior arrecadação de valores que custearão os serviços que irão beneficiar a todos, e evita o desperdício de tempo, recursos humanos e financeiros públicos com meios de cobrança com remotas chances de êxito. Em segundo lugar, o protesto de CDAs auxilia no combate à inadimplência, viabilizando a promoção da justiça fiscal e impedindo que a sonegação fiscal confira aos maus pagadores uma vantagem competitiva em relação àqueles que cumprem seus deveres tributários. Em terceiro lugar, ao permitir a cobrança extrajudicial dos débitos, a medida tem o condão de promover a diminuição de execuções fiscais ajuizadas e, assim, aliviar a sobrecarga de processos do Poder Judiciário, favorecendo a melhoria da qualidade e da efetividade da prestação jurisdicional. Sopesando-se os custos e benefícios da medida questionada nesta ação direta, parece evidente que o protesto de Certidões de Dívida Ativa proporciona ganhos que compensam largamente as leves e eventuais restrições aos direitos fundamentais dos devedores. Daí porque, além de adequada e necessária, a medida é também proporcional em sentido estrito. Concluindo-se pela inexistência de violação ao

que o protesto – apesar de criar algum tipo de embaraço para o contribuinte – não impede o efetivo exercício da empresa, motivo pelo qual não haveria que se falar em sanção política.

Também merecem atenção dois recursos extraordinários, 909.715/PR e 627.543/RS, que cuidaram do questionamento da constitucionalidade de normas que exigiam a regularidade fiscal para que os empresários tivessem acesso a programas fiscais mais vantajosos, como é o caso do PROUNI (art. 1º da Lei 11.128/05) e do SIMPLES NACIONAL (art. 17, V, da LC 123/06).

As inconstitucionalidades aventadas foram no sentido de que os princípios da capacidade contributiva, da livre iniciativa e da proporcionalidade proíbem a exigência de regularidade fiscal, porque ela impede que devedores em dificuldade tenham acesso a vantagens que seriam vitais à superação de sua crise. Contudo, todos esses argumentos foram afastados pelo STF.

O Min. Dias Toffoli foi o relator dos dois recursos, merecendo destaque as ponderações consignadas no RE 627.543/RS, porque se aplicam, analogamente, ao debate sobre o art. 57 da LRF:

Discute-se, no presente caso, a constitucionalidade de uma das vedações que norteia a adesão ao regime: a existência de débitos que não estejam com exigibilidade suspensa perante as Fazendas Públicas ou perante o INSS. Numa primeira análise da restrição em questão, já ressalto que toda e qualquer exigência de regularidade fiscal (lato sensu) sempre terá como efeito indireto a indução ao pagamento, mesmo de forma parcelada, de tributos. Parece-nos que a função arrecadatória, que se apresentava como objetivo primordial no passado, revela-se, nos dias de hoje, apenas uma consequência natural da tributação, que passa a ser efetivamente utilizada para se alcançarem outros objetivos constitucionalmente previstos. [...] é desarrazoado que se conceba um provimento judicial que, nesse universo de contribuintes, acabe por favorecer aqueles em débito com os fiscos pertinentes, os quais participariam do mercado com uma vantagem competitiva em relação àqueles que cumprem pontualmente com suas obrigações. [...] Enfrentando argumentos semelhantes aos que foram

princípio da proporcionalidade, também é possível afirmar, à luz da jurisprudência desta Corte, que o protesto de Certidões de Dívida Ativa não configura uma “sanção política”, já que não constitui medida coercitiva indireta que restrinja, de modo irrazoável ou desproporcional, direitos fundamentais dos contribuintes, com o objetivo de forçá-los a quitar seus débitos tributários. Tal instrumento de cobrança é, portanto, constitucional”.

deduzidos neste pleito, a Corte, na ADI nº 173/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, já se posicionou pela validade do requisito da regularidade fiscal para a contratação com a Administração Pública. No julgamento da referida ação direta, a Corte se posicionou no sentido de que a proibição legal à pessoa jurídica em débito com o fisco de contratar com o Poder Público seria inconstitucional somente se acarretasse o impedimento absoluto das suas atividades empresariais. [...] Admitir o ingresso no programa daquele que não possui regularidade fiscal (lato sensu) e que já adiantou para o Fisco que não pretende sequer parcelar o débito, ou mesmo buscar outra forma de suspensão do crédito tributário de que trata o art. 151 do CTN, é incutir no contribuinte que se sacrificou para honrar seus compromissos a sensação de que o dever de pagar seus tributos é débil e inconveniente, na medida em que adimplentes e inadimplentes recebem o mesmo tratamento jurídico. [...] O contribuinte inadimplente que não manifesta seu intento de se regularizar perante à Fazenda Pública não está na mesma situação jurídica daquele que suportou seus encargos. Entendimento diverso importa em igualar contribuintes em situações juridicamente desiguais.

O mais interessante é que nos dois casos julgados pelo Min. Toffoli, o legislador havia amenizado a exigência de regularidade fiscal com a oferta de um programa especial de parcelamento, o que foi considerado pelos Ministros como um reforço à razoabilidade das normas questionadas<sup>27</sup>.

Quanto as críticas endereçadas à qualidade dos programas de parcelamento ou contra a validade dos critérios de adesão estipulados, certamente elas não poderão ser utilizadas como fundamento para continuar dispensando as CNDs, seja porque o tema se insere na esfera de discricionariedade do legislador, seja porque os aspectos de ilegalidades estão sujeitos à correção pontual, não desautorizando o restante da lei como um todo<sup>28</sup>.

27 Vale conferir um trecho do voto do RE 909.715/PR: “Por fim, importa notar, que aqui, tal como ocorreu no Simples Nacional e foi objeto de reflexão do Ministro Gilmar Mendes, quando do julgamento do RE nº 627.543/RS, ‘o próprio sistema pensou modelos de superação dos casos de inadimplência, engendrando fórmulas e modelos de parcelamento’. Exemplo disso é a Lei nº 12.688/12 (Conversão da MP nº 559/12), a qual instituiu o Programa de Estímulo à Restruturação e ao Fortalecimento das Instituições de Ensino Superior (PROIES), prevendo parcelamentos e moratórias e a Lei nº 12.989/14, a qual reabriu o prazo de adesão no referido PROIES’. [...] Como se vê, as normas combatidas não interferem na possibilidade de a autora exercer suas atividades. Evidentemente, a questão tributária - que é, a rigor, do que tratam as normas em questão - pode lhe trazer embaraços para tanto, como traz embaraços para o exercício de qualquer atividade empresarial e, nem por isso, afronta a Constituição”.

28 Quanto à polêmica envolvendo a imposição de renúncia ao direito de defesa ou confissão da dívida tributária para fins de adesão ao programa de parcelamento tributário, três considerações precisam ser feitas: i) cuida-se de matéria estranha à Lei 11.101/05; ii) a Primeira Seção do STJ admite, com certos temperamentos (REsp

Superadas as alegações de inconstitucionalidade dos 57 da Lei 11.101/05 e 191-A do CTN, remanesce a controvérsia acerca da suposta incompatibilidade entre a exigência de regularidade fiscal e o princípio da preservação da empresa, cuja prevalência tem apresentado duas inconsistências metodológicas.

A primeira delas é no sentido de que o princípio da preservação da empresa não decorre de norma expressa da Constituição Federal, sendo sua fonte normativa o art. 47 da LRF (lei ordinária), cuja estatura normativa é a mesma da regra do art. 57 da LRF e “inferior” ao art. 191-A do CTN (natureza de lei complementar).

Em situações de ausência de parametricidade hierárquica – a exemplo de duas normas que estão dispostas na mesma lei –, o Min. Luís Roberto Barroso<sup>29</sup> explica que o intérprete deve abandonar o caminho da ponderação, pois há grande probabilidade dela já ter sido realizada previamente pelo legislador durante o processo legislativo<sup>30</sup>. Em tais hipóteses, a regra deve prevalecer sobre o princípio. Confira-se:

Regras têm preferência sobre princípios, desde que tenham igual hierarquia e não tenha sido possível solucionar a colisão entre eles pelos mecanismos tradicionais de interpretação. [...] Quando o constituinte ou o legislador atuam por meio de uma regra, que expressa um mandato definitivo e não uma ordem de otimização, fazem uma escolha que deve ser respeitada pelo intérprete. A não realização dos efeitos de uma regra significa, de ordinário, sua violação. Ao prover acerca de um tema por meio de regra, o constituinte-legislador ou excepcionou deliberadamente um princípio ou optou por prestigiar a segurança jurídica em detrimento da flexibilidade, minimizando a intervenção do intérprete judicial.

Pode-se objetar que o art. 47 da Lei 11.101/05 seria corolário do princípio da livre iniciativa (art. 170 da CF), entretanto, por essa mesma linha de raciocínio, precisaríamos reconhecer que o art. 57 também seria corolário do dever fundamental de pagar tributos (arts. 3º e 145 a 162 da CF), de modo que permaneceríamos no mesmo impasse hermenêutico.

Portanto, a primeira inconsistência na aplicação do princípio da preservação da empresa é

1124420/MG e REsp 1133027/SP); iii) embora a matéria aparente ser de cunho constitucional, não há precedente no STF proibindo essa condição estabelecida pelo legislador (STF - RE 420349/DF e AI 850506 Agr).

29 Op. cit, pgs. 444-445.

30 Todas essas questões foram analisadas no julgamento do REsp 1279525/PA, Terceira Turma, Dj. 07/03/2013. Destaque especial para os votos do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva e Sidnei Beneti.

verificada pelo afastamento de uma regra válida com base em um princípio infraconstitucional de mesma hierarquia, o que contrasta com o princípio da legalidade (art. 5º, inc. II) e da separação dos poderes (art. 2º da CF), pois induz a um resultado distinto daquele desejado pelo legislador.

A segunda inconsistência é mais controversa, porque adentra no acirrado debate sobre o real significado do princípio da preservação da empresa.

Para a correta compreensão do tema, devemos partir da premissa que não é toda e qualquer empresa que merece ser preservada, mas somente aquelas que sejam rentáveis no seu aspecto econômico e social. Nesse ponto, ninguém discordará que não devem ser preservadas atividades empresariais cuja viabilidade econômica é conquistada às custas da destruição do meio ambiente, da sonegação de tributos, de concorrência desleal ou de envolvimento com atos de corrupção.

Se isso é verdade, mostra-se possível reconhecer que existem limites ao princípio da preservação da empresa, os quais dizem respeito a própria conformação normativa de seu conteúdo (art. 174 da CF), cujo sentido só pode ser compreendido à luz de sua harmonização com as demais regras e princípios que compõem o ordenamento jurídico.

Deste modo, o esforço estatal dirigido à preservação das empresas é condicionado ao efetivo cumprimento de sua função social (ou normativa), que servirá de bússola para permitir ou negar certos institutos jurídicos dedicados à superação de sua crise.

Nesse contexto, devemos reconhecer que são amalgamados outros valores relevantes ao princípio da preservação da empresa que decorrem do nosso sistema normativo, a exemplo da função social da empresa – que inclui o dever fundamental de pagar tributos – e da lealdade concorrencial, que dimanam dos art. 5º, XXIII, 146-A, 170, caput e III e IV e 173, §4º e 5º e 195, §3º da Constituição Federal<sup>31</sup>.

31 Em reforço a essa interpretação, transcrevo as brilhantes palavras do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva: “Lembre-se, ao final, que o princípio da preservação da empresa não pode ser entendido como absoluto, revelando-se também incoerente com a função social da propriedade consagrada pela Constituição a chancela do Poder Judiciário a práticas que representem estímulo à ineficiência empresarial, à insolvência, à inadimplência fiscal e trabalhista (deveres fundamentais no Estado Contemporâneo) e à concorrência desleal, pois o custo da manutenção da empresa não pode ser imposto a toda sociedade a qualquer preço. [...] Mostra-se preocupante perceber que a mitigação da prevalência dos créditos fiscais e trabalhistas, apegando-se a louvados imperativos (da preservação da unidade produtiva, do emprego e renda, da atividade econômica, enfim, da empresa), não raro tem servido de oportunidade para a realização de negociatas escusas por sócios e credores inescrupulo-

Outro ponto digno de nota é que o princípio da preservação da empresa não tem seu âmbito de atuação circunscrito ao instituto da recuperação judicial. Mesmo assim, é muito comum nos depararmos com falências ad terrorem, no sentido de que a falência provoca a destruição de riquezas, postos de trabalho e geração de tributos, motivo pelo qual qualquer alternativa ser-lhe-ia superior.

Essa percepção enviesada responde por grande parte do ativismo judicial na interpretação da Lei 11.101/05, pois é bastante elevada a preocupação dos juízes com os benefícios sociais que decorrem da atividade empresarial. Porém, o receio se dissipa a partir do momento que passamos a compreender que a preservação da empresa também norteia o instituto da falência.

A Lei 11.101/05 é expressa ao admitir a continuidade da empresa durante a falência (arts. 75, 99, XI, 117, 140, I e 150), o que pressupõe a manutenção da fonte produtora, dos empregos, da geração de tributos, dentre outros benefícios decorrentes do going concern value<sup>32</sup>.

Quem abordou essa questão de forma brilhante foi o Professor Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, ao prefaciar a brilhante obra “Direito Falimentar e Preservação da Empresa” escrita pela Professora Adriana Pugliesi<sup>33</sup>, senão vejamos:

\_\_\_\_\_  
 sos, para o que deve permanecer atento o Poder Judiciário”. (STJ - AgRg no CC n. 107.060/GO, Dj. 05/12/2011)  
 32 Foram feitas interessantes reportagens sobre falência em continuação. Confira-se o jornal “O Paraná” “Grupo Diplomata: Quando existe vida após a falência”, publicado em 07/12/2015: <https://oparana.com.br/noticia/grupo-diplomata-quando-existe-vida-apos-a-falencia/>. No mesmo sentido, matéria publicada no jornal “Estado de São Paulo”, publicado em 29 de maio de 2016, “Frigorífico falido volta a contratar no Paraná” <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,frigorifico-falido-volta-a-contratar-no-parana,10000053952>. Acesso em: 26 de nov. 2020.

33 No mesmo sentido a Min. Nancy Andrichi: “Assim, a organização empresarial deixa de ser vista como mera criação, feita à imagem e semelhança do empresário, para ser encarada como um complexo de múltiplos interesses. A atividade empresarial não pode se desviar de sua função social, ou seja, não deve ser exercida pelo empresário em seu exclusivo interesse. Por isso, sancionam-se atos lesivos aos interesses de credores, consumidores e da sociedade. Ora, na medida em que pode favorecer a pluralidade de agentes que com ela se relacionam, a organização empresarial torna-se um bem em si mesma, devendo ser conservada. [...] O foco na falência passa a ser a intervenção na administração de uma organização que, em crise, não consegue mais harmonizar os interesses de todos aqueles que com ela se relaciona, (credores, empregados, sócios, administradores e clientes). Prioriza-se a manutenção da organização empresarial, mesmo no caso de falência, para buscar nova harmonia em seu seio. [...] O viés dado pela nova LRE, refletido no caput do art. 75, consiste, portanto, em dissociar a sorte da empresa e o tratamento dado ao empresário. Para tanto, afasta-se o devedor de suas atividades, para internalizar o interesse dos credores. A LRE cria instrumentos concretos para que pretensões até então externas à sociedade sejam atendidas. Aumentam, assim, as chances de manutenção da empresa, bem como a probabilidade de que os credores venham a receber seus créditos”. (in Osmar Brina Côrrea-Lima e Sérgio Mourão Corrêa Lima - Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas, Ed. Forense,

A falência, com efeito, hoje pode ser vista sob uma ótica positiva. Não se trata mais de uma espécie de liquidação, destinada às empresas inviáveis. A lei oferece agora uma alternativa, pela qual, mantidos os traços fundamentais de realização do ativo e pagamento do passivo, marcos característicos da falência, além do afastamento do devedor, oferece-se oportunidade concreta de prosseguimento da atividade empresarial. O mecanismo para se atingir o resultado acima referido é engenhosamente simples. A lei, para tanto, estabelece uma ordem de preferência para a alienação dos bens da falida, na qual se coloca em primeiro lugar a “alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco”. Se for a opção adotada, o próprio negócio da devedora terá prosseguimento, não mais dirigido por seu antigo titular, mas agora sob a responsabilidade do adquirente. Não haverá, portanto, solução de continuidade. A empresa será preservada<sup>34</sup>.

O que, de fato, não existe na falência é a preservação do devedor-empresário na condução de suas atividades, notadamente porque ela implica no seu afastamento (art. 75). A bem da verdade, o efetivo afastamento do devedor, por vezes, consistirá no melhor remédio para a empresa e para o mercado, especialmente nos casos em que houver dívida tributária impagável ou a necessidade de comprometimento de bens essenciais para satisfação dos credores não sujeitos.

Em suma, a falência continuada combinada com a técnica da venda em bloco resolve muitos dilemas, justamente por se mostrar capaz de preservar empresas viáveis. Para isso, basta que entre a decretação da quebra e a venda em bloco a empresa seja administrada por um gestor judicial, a quem caberá conduzi-la até que se ultime a transmissão para o novo adquirente<sup>35</sup>.

## VII. REAÇÕES E DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS:

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao privilegiar a proteção do devedor em crise em detrimento do crédito tributário, promoveu uma profunda mudança na dinâmica de incentivos da Lei 11.101/05, o que acabou gerando reações institucionais.

\_\_\_\_\_  
 2009, pg. 490-495)

34 in Direito falimentar e preservação da empresa. São Paulo: QuartierLatin, 2013, pg. 12-14.

35 TJSP: (i) AI. 128.773-4/5, Des. Cesar Lacerda, 8ª CDP, Dj. 29/11/99; (ii) AI. 207.092-4/2-00, Des. Julio Vidal, 7ª CDP, Dj. 19/09/01; (iii) AI. 2109905-18.2014.8.26.0000, Des. Francisco Loureiro, 1ª CRDE, Dj. 03/02/15; (iv) AI. 2089268-12.2015.8.26.0000, Des. Carlos Garbi, 2ª CRDE, Dj. 21/10/15.

Podemos citar como reações institucionais: i) a criação de uma política tributária direcionada à devedores em recuperação judicial; ii) o ajuizamento de ação para declarar constitucional os arts. 6º, §7º e 57 da LRF e 191-A do CTN<sup>36</sup>; iii) alteração da lei para reforçar e reafirmar os privilégios da Fazenda Pública; iv) os contrapontos realizados pelos Ministros das Turmas de Direito Público do STJ e v) a prolação de novos julgados pelo STF<sup>37</sup>.

No ano de 2018, o Min. Alexandre de Moraes, em sede de Reclamação 32.147/PR, considerou que o acórdão proferido por órgão fracionário do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, ao afastar a exigência das CNDs, violou a súmula vinculante 10 e o art. 97 da Constituição Federal<sup>38</sup>.

No mesmo sentido, em sede de medida cautelar em Reclamação 43.169/SP<sup>39</sup> de 04/09/2020, o Ministro Luiz Fux foi instado a examinar o acórdão reclamado – REsp 1.864.625, Rel. Min. Nancy Andrighi – que dispensou a apresentação das CNDs mesmo após a promulgação da Lei 13.043/14. Vejamos os fundamentos que levaram a suspensão da decisão:

Em verdade a lógica do sistema não ostenta o caráter draconiano colimado na decisão

36 A ação declaratória de constitucionalidade 46/DF foi rejeitada pelo Min. Celso de Mello, em 27/04/2020, porque entendeu que a questão se resumia a discussão no plano infraconstitucional. Assim, não houve análise do mérito sobre a (in)constitucionalidade da exigência de regularidade fiscal.

37 Há decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes dando a entender que o afastamento da exigência fiscal, antes do advento da Lei 13.043/14, configura uma solução tolerável, porque inserida nas condições de possibilidade da interpretação da legislação federal (STF - ARE 1178695, Dj. 18/12/2018).

38 Diante deste julgado, a 17ª Câmara remeteu a questão para o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que no incidente de arguição de inconstitucionalidade n. 0048778-19.2019.8.16.0000, julgado em 02/10/2020, reconheceu a constitucionalidade dos dispositivos. Prevaleceu o voto do Des. Clayton de Albuquerque Maranhão. Segue um trecho do voto: “Não se identifica na imposição legal em comento o excesso ou arbítrio legislativo a autorizar a excepcional glosa judicial sobre a atividade daqueles democraticamente eleitos para legislar. Em hipóteses tais, o princípio da separação dos poderes impõe a adoção de uma postura de contenção (self-restraint) no exercício da jurisdição constitucional, sobretudo quando a compatibilidade vertical de uma norma federal é examinada por uma Corte Estadual. Reconhecimento da constitucionalidade dos artigos 57 da Lei nº 11.101/2005 e 191-A do Código Tributário Nacional, com a consequente improcedência do incidente de arguição de inconstitucionalidade”.

39 Posteriormente, o Min. Dias Toffoli tornou sem efeito a liminar por entender que a interpretação promovida pela Terceira Turma do STJ foi pautada apenas na ponderação entre normas infraconstitucionais para resolução de antinomia existentes entre elas. Salvo melhor juízo, é difícil sustentar a existência de antinomia de duas normas contemporâneas pertencentes ao mesmo diploma legal. De todo modo, a decisão configurou o afastamento total do art. 57 da LRF por órgão fracionário, o que viola a Súmula vinculante n. 10, sobretudo sob a ótica constitucional do princípio da legalidade (art. 5, inc. II da CF). Vale lembrar que: “A inobservância ao princípio da legalidade pressupõe o reconhecimento de preceito de lei dispendo de determinada forma e provimento judicial em sentido diverso” (STF - AI 147.203 AgR, 2ª T, DJ 11/06/93). Para um debate mais aprofundado sobre o princípio da legalidade e as competências do STJ e do STF, ver RE 638.115, Tribunal Pleno, DJ 19/03/15.

reclamada. De lege lata, a exigência da certidão foi desenhada pelo legislador para que o devedor regularizasse a sua situação a partir do pedido de parcelamento formalizado junto à Administração Tributária. Consectariamente, o deferimento do pedido induz à suspensão da exigibilidade dos créditos tributários (art. 151, VI do CTN), permitindo a expedição de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa, que atesta a regularidade fiscal da empresa e permite a concessão da recuperação (art. 206 do CTN). A fortiori, o que os dispositivos afastados na decisão reclamada impõem é que para além da negociação com credores privados, o devedor efetive a sua regularização, por meio do parcelamento, de seus débitos junto ao Fisco. Até porque, a não efetivação desta medida possibilita a continuidade dos executivos fiscais movidos pela Fazenda (art. 6º, §7º da Lei 11.101/05), o que, em última instância, pode resultar na constrição de bens que tenham sido objeto do Plano de Recuperação Judicial, situação que não se afigura desejável. Mais recentemente também é possível vislumbrar, em âmbito federal, a expedição da Certidão de Regularidade Fiscal ao devedor que realiza a transação tributária com o Fisco nos termos da novel Lei 13.988/2020. Ou seja: as disposições contidas nos arts. 57 da Lei 11.101/05 e 191-A do CTN não interditam o pedido de recuperação judicial do devedor da Fazenda Pública, apenas exigem que a regularização de tais débitos dê-se dentro das balizas legais. [...] Inicialmente deve-se dizer que o parcelamento a que alude o julgado foi criado posteriormente à formação do acórdão, pela Lei 13.043/14, o que afasta a mora legislativa mencionada na decisão. Outrossim, ainda que assim não fosse, a decisão reclamada não está consubstanciada neste fundamento. As questões relativas a um regime de parcelamento não formam o alicerce para o provimento judicial contido na decisão reclamada. Os fundamentos para o afastamento da exigência já foram mencionados alhures e remontam a um juízo de proporcionalidade realizado pelo Superior Tribunal de Justiça. Nesses termos, não se mostra a aderência necessária da decisão agravada ao precedente da Corte Especial de maneira a atender à cláusula da reserva de plenário. A meu ver, remanesce o vício na decisão de origem. [...] em relação ao perigo de dano, a Reclamante informa que as empresas devedoras em recuperação judicial mantêm passivo tributário superior aos 40 milhões de reais que vem em linha ascendente e sem perspectiva de recuperação. Assim, a aplicação dos dispositivos legais seria elemento relevante para que o devedor fosse incentivado a abrir procedimento de negociações com o Fisco para a equalização da dívida.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, há duas decisões monocráticas que parecem sugerir essa uma mudança de entendimento. A primeira delas proferida pelo Min. Antônio Carlos Ferreira, na TutPrv no REsp 1.830.550/SP, e a segunda pelo Min. Moura Ribeiro no REsp

1.593.832/SP<sup>40</sup>. Além desses julgados, importantes contrapontos podem ser encontrados nos votos dos Ministros das Turmas de Direito Público<sup>41</sup>.

No que tange às reações do Poder Executivo<sup>42</sup> e Legislativo<sup>43</sup>, elas sobrevieram por meio de propostas de alteração da Lei 11.101/05. Ambos os Poderes se preocuparam em aprimorar o sistema de pesos e contrapesos da insolvência, tanto por meio da oferta de melhores condições para regularização fiscal, quanto por meio da criação de novas regras de enfrentamento aos incentivos perversos e comportamentos estratégicos.

Conforme demonstrado, os novos movimentos institucionais miram o aperfeiçoamento do sistema da insolvência, especialmente no que diz respeito: (i) ao equilíbrio de forças entre devedores, credores sujeitos e não sujeitos; (ii) à reafirmação das escolhas políticas do legislador que foram desconsideradas pelo Judiciário; e por fim (iii) à moralização da recuperação judicial, que jamais poderá ser admitida como escudo em favor de devedores de má-fé.

### **VIII. AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 14.112/20:**

Do ponto de vista tributário, as alterações da Lei 11.101/05 pela Lei 14.112/20 trouxeram uma série de novidades que buscaram contrabalançar as melhorias nas condições de renegociação do passivo fiscal com a necessidade de dar tratamento adequado à tutela do crédito público.

40 A decisão, contudo, foi reconsiderada pelo próprio Ministro (AgInt no Agravo em REsp 1.593.832/SP).

41 STJ - AgInt no Resp 1.691.409/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, Dj. 28/02/2018; e REsp 1.512.118/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, Dj. 05/03/2015.

42 Cuida-se do PL. 10.220/18, de iniciativa do Poder Executivo, cujo teor foi bastante criticado pelo excesso de proteção ao crédito tributário.

43 Confira-se o trecho do relatório elaborado pelo Dep. Hugo Leal no PL. 6229/05, que foi aprovado na Câmara dos Deputados: “Registre-se que a legislação atual (arts. 57 da Lei nº 11.101/05 e 191-A do CTN) exige a comprovação (mediante apresentação de certidão) da regularidade fiscal no momento da concessão da recuperação judicial (ou seja, após o deferimento da RJ). Neste sentido, note que o pedido de parcelamento de créditos tributários pode ocorrer a partir do pedido de RJ permitindo a devedora regularizar sua situação perante o Fisco antes do deferimento da RJ”. Além disso, vale destacar a rejeição da trigésima-sétima emenda, que pretendia desobrigar a apresentação de CND (certidão negativa de débitos tributários) como requisito necessário à concessão da recuperação judicial. Tal emenda foi apresentada pelo Senador Acir Gurgacz durante a tramitação do projeto no Senado Federal (PL. 4.458/20). O referido processo legislativo culminou na aprovação da Lei 14.112/20, que já se encontra em vigor.

Na linha do que foi mencionado anteriormente, as Leis 10.522/02, 13.043/14 e 13.988/20 – ao lado de inúmeras outras leis – integram microssistema normativo destinado à possibilitar a regularização tributária do devedor em crise. Em reforço a esse microssistema, a Lei 14.112/20 ampliou o parcelamento da dívida tributária para até 120 (cento e vinte) meses e possibilitou a aplicação de reduções de até 70% (setenta por cento) sobre o passivo.

O legislador buscou equilibrar essas vantagens concedidas em favor do contribuinte com o fortalecimento da posição do Fisco na recuperação judicial, especialmente contra os devedores que, mesmo diante dos múltiplos incentivos legais, não regulariza sua situação fiscal.

Nesse sentido, podemos destacar o inciso III do art. 6º e o novo texto legal do §7-B que sugerem, ao contrário do que vinha decidindo o STJ, a competência dos juízos das execuções fiscais para prática de atos constritivos, mesmo durante a recuperação judicial, o que foi temperado pela possibilidade do juízo da recuperação judicial, até o encerramento do processo, determinar a substituição do ato de constrição que recaia sobre bem essencial à manutenção da atividade empresarial (art. 6º, § 7º-B e 805 do CPC).

Logicamente, essa substituição pressupõe a existência de bens não essenciais disponíveis. Na sua falta, isto é, não havendo bens a serem indicados à substituição, não haverá fundamento legal para impedir o prosseguimento dos atos expropriatórios contra os bens essenciais<sup>44</sup>, ainda que isso possa prejudicar o êxito da recuperação judicial<sup>45</sup>.

Também merecem destaque a inserção de dois incisos tratando de novas hipóteses de convação da recuperação judicial em falência, pois, indiretamente, eles buscam conferir maior proteção ao crédito tributário. Assim, passam a ser causas de decretação da falência: i) o descumprimento dos parcelamentos referidos no art. 68 desta Lei ou da transação prevista no art. 10-C da Lei 10.522/02; ii) o esvaziamento patrimonial da devedora que implique liquidação substancial da empresa, em prejuízo de credores não sujeitos à recuperação judicial, inclusive as Fazendas Públicas.

44 Sobre menor onerosidade e tutela do crédito, STJ: (i) REsp 1268998 e (ii) AgInt no AREsp 1650911.

45 Nessas circunstâncias, caberão aos sujeitos do processo examinar a conveniência da convação em falência como forma adequada de preservação da função social da empresa e tratamento universal da insolvência.

## IX. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

O presente trabalho buscou demonstrar que o dever fundamental de pagar tributos constitui o principal fundamento constitucional de diversas normas que protegem o crédito tributário, já que ele é um dos pilares de sustentação dos direitos fundamentais e das instituições públicas.

Além disso, foi visto que a declaração de inconstitucionalidade continua sendo o único método hermenêutico<sup>46</sup> legítimo para afastar a incidência da lei, especialmente nos casos em que o seu texto não dá margem para resultado que desborde seu limite semântico.

Contudo, as teses de inconstitucionalidade que vem sendo alçadas para afastar a incidência dos arts. 57 da LRF e 191-A do CTN – a exemplo daquelas que colocam em xeque a razoabilidade e proporcionalidade da medida – já foram repelidas em casos análogos pelo Supremo Tribunal Federal, o que apenas reforça a exigência da regularidade fiscal.

A tese da inconstitucionalidade também perde força se sopesarmos que nos últimos anos houve um incremento substancial da política pública de renegociação do passivo fiscal, de modo a facilitar o acesso do contribuinte às CNDs<sup>47</sup>.

Por sua vez, a experiência vem demonstrando que quando o devedor em recuperação judicial não busca meios lícitos e factíveis para equacionar o passivo correspondente aos créditos não sujeitos, a exemplo do crédito tributário, o aumento das doses dos remédios protetivos em seu favor pode significar no envenenamento da própria empresa, que ganha apenas uma sobrevida provisória e artificial às custas da desfuncionalização de todo sistema.

Para esses casos a falência continua se mostrando como o instituto mais capaz para lidar com dilemas distributivos de forma conglobante e ajustada a gravidade da crise. Ao abarcar a totalidade dos credores, a falência interrompe o ciclo de penhoras e consegue manter a organização dos fatores de produção – que constitui elemento primordial para preservação da empresa viável – até que seja ultimada a transição, em bloco, para o próximo empresário.

<sup>46</sup> Em casos muito excepcionais, também poderá se falar na aplicação da chamada “teoria da derrotabilidade”, cujos pressupostos de aplicação podem ser melhor examinados nos autos n. 0017785-95.2017.8.16.0021 (TJPR – decisão de 1º Grau publicada em 17/07/2018).

<sup>47</sup> A esse respeito, veja-se o termo de transação tributária entre a PGFN e o devedor Cantareira Construções e Empreendimentos Imobiliários Ltda. – Em Recuperação Judicial. Disponível em <https://cutt.ly/KkRunbD>.

Em conclusão, podemos afirmar que não há nenhuma incompatibilidade entre o princípio da preservação da empresa (Art. 47 da LRF) e a exigência das certidões negativas de débito tributário para fins de concessão da recuperação judicial (Arts. 57 da LRF e 191-A do CTN). Na impossibilidade do equacionamento fiscal, a falência deve ser encarada com naturalidade, porque será o melhor meio para manter a utilização produtiva dos bens e os benefícios sociais que decorrem da atividade empresarial.

## X. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 3. Ed. São Paulo. Saraiva, 2011.

CÔRREA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA LIMA, Sérgio Mourão - Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

COSTA, Daniel Carnio. Comentários Completos à Lei de Recuperação de Empresas e Falências, v.1. 1. Ed. Curitiba: Juruá, 2015.

ELY, John Hart. Democracia e Desconfiança: tradução de Juliana Lemos. 1ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos juízes – a interpretação/aplicação do direito e princípios, 6ª Ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013.

HOLMES, Stephen Holmes; SUSTEIN, Cass R. O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos: tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: 1. Ed. WMF Martins Fontes, 2019.

PUGLIESI, Adriana Valéria. Direito falimentar e preservação da empresa. São Paulo: QuartierLatin, 2013.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 1. Ed. Sao Paulo: Saraiva, 2018.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; Sarmento, Daniel. Direito Constitucional: teoria, história e método de trabalho. 1ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

WALDRON, Jeremy. A Dignidade da Legislação: tradução de Luís Carlos Borges. 1ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2003.





[www.oabpr.org.br](http://www.oabpr.org.br)