

30

SABERES DO DIREITO

*Direito*  
*Empresarial IV*

*Recuperação de empresas e falência*

ALESSANDRO SANCHEZ

ALEXANDRE GIALLUCA

COORDENADORES

ALICE BIANCHINI

LUIZ FLÁVIO GOMES



Editora  
**Saraiva**

## DADOS DE COPYRIGHT

### Sobre a obra:

A presente obra é disponibilizada pela equipe [Le Livros](#) e seus diversos parceiros, com o objetivo de disponibilizar conteúdo para uso parcial em pesquisas e estudos acadêmicos, bem como o simples teste da qualidade da obra, com o fim exclusivo de compra futura.

É expressamente proibida e totalmente repudiável a venda, aluguel, ou quaisquer uso comercial do presente conteúdo

### Sobre nós:

O [Le Livros](#) e seus parceiros disponibilizam conteúdo de domínio público e propriedade intelectual de forma totalmente gratuita, por acreditar que o conhecimento e a educação devem ser acessíveis e livres a toda e qualquer pessoa. Você pode encontrar mais obras em nosso site: [LeLivros.Net](#) ou em qualquer um dos sites parceiros apresentados neste link

*Quando o mundo estiver unido na busca do conhecimento, e não lutando por dinheiro e poder, então nossa sociedade enfim evoluirá a um novo nível.*





Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP  
CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a  
6ª, das 8:30 às 19:30  
E-mail: [saraivajur@editorasaraiva.com.br](mailto:saraivajur@editorasaraiva.com.br)  
Acesse: [www.saraivajur.com.br](http://www.saraivajur.com.br)

## **FILIAIS**

### **AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE**

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-  
4782 – Manaus

### **BAHIA/SERGIPE**

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax:  
(71) 3381-0959 – Salvador

### **BAURU (SÃO PAULO)**

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14) 3234-5643 – Fax:  
(14) 3234-7401 – Bauru

### **CEARÁ/PIAUI/MARANHÃO**

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384  
– Fax: (85) 3238-1331 – Fortaleza

### **DISTRITO FEDERAL**

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento – Fone:  
(61) 3344-2920 / 3344-2951 – Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

### **GOIÁS/TOCANTINS**

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-  
2806 – Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia

## **MATO GROSSO DO SUL / MATO GROSSO**

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

## **MINAS GERAIS**

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

## **PARÁ/AMAPÁ**

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91) 3241-0499 – Belém

## **PARANÁ/SANTA CATARINA**

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho – Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

## **PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS**

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

## **RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)**

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

## **RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO**

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel – Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

## **RIO GRANDE DO SUL**

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 – Porto Alegre

## **SÃO PAULO**

Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

ISBN 978-85-02-17126-8  
Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Sanchez, Alessandro  
Direito empresarial IV :  
recuperação de empresas  
e  
falência / Alessandro  
Sanchez, Alexandre  
Gialluca. – São  
Paulo : Saraiva, 2012. –  
(Coleção saberes do  
direito ; 30)  
1. Direito empresarial 2.  
Direito empresarial -  
Brasil  
I. Gialluca, Alexandre. II.  
Título. III. Série.

- Índice para catálogo sistemático:  
1. Brasil : Direito empresarial : Direito 34:338.93(81)  
2. Direito empresarial : Brasil : Direito 34:338.93(81)

**Diretor editorial** Luiz Roberto Curia

**Diretor de produção editorial** Lígia Alves

**Editor** Roberto Navarro

**Assistente editorial** Thiago Fraga

**Produção editorial** Clarissa Boraschi Maria

**Preparação de originais, arte, diagramação e revisão** Know-how Editorial

**Serviços editoriais** Elaine Cristina da Silva / Vinicius Asevedo Vieira

**Capa** Aero Comunicação

**Produção gráfica** Marli Rampim

**Produção eletrônica** Know-how Editorial

**Data de fechamento da  
edição: 25-4-2012**

**Dúvidas?**

**Acesse: [www.saraivajur.com.br](http://www.saraivajur.com.br)**

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.  
A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98

e punido pelo artigo 184 do Código Penal.



#### **ALESSANDRO SANCHEZ**

Mestre em Direito. Professor de Direito Empresarial da Rede de Ensino LFG. Professor na graduação da Universidade São Francisco. Professor nos programas de pós-graduação da Rede de Ensino LFG, Gama Filho/RJ, PUCMinas, Unisal e outras. Escritor. Conferencista. Conteudista da Rede Social Atualidades do Direito.

#### **ALEXANDRE GIALLUCA**

Especialista em Direito Notarial e Registral. Professor de Direito Empresarial de pós-graduação (PUCMinas, Unisal e EPD). Professor de Direito Empresarial da Rede de Ensino LFG. Advogado e consultor jurídico.

Conheça os autores deste livro:

<http://atualidadesdodireito.com.br/conteudonet/?ISBN=17125-1>

## COORDENADORES

### ALICE BIANCHINI

Doutora em Direito Penal pela PUCSP. Mestre em Direito pela UFSC. Presidente do Instituto Panamericano de Política Criminal – IPAN. Diretora do Instituto LivroeNet.

### LUIZ FLÁVIO GOMES

Jurista e cientista criminal. Fundador da Rede de Ensino LFG. Diretor-presidente do Instituto de Pesquisa e Cultura Luiz Flávio Gomes. Diretor do Instituto LivroeNet. Foi Promotor de Justiça (1980 a 1983), Juiz de Direito (1983 a 1998) e Advogado (1999 a 2001).

Conheça a LivroeNet:  
[http://atualidadesdodireito.com.br/conteudonet/?page\\_id=2445](http://atualidadesdodireito.com.br/conteudonet/?page_id=2445)

Esta obra é resultado da mais pura concepção de amizade, com o verdadeiro espírito da lealdade, por afinidade acadêmica, mas principalmente por afinidade espiritual.

*Alessandro Sanchez e Alexandre Gialluca*



## Apresentação

O futuro chegou.

A Editora Saraiva e a LivroeNet, em parceria pioneira, somaram forças para lançar um projeto inovador: a **Coleção Saberes do Direito**, uma nova maneira de aprender ou revisar as principais disciplinas do curso. São mais de 60 volumes, elaborados pelos principais especialistas de cada área com base em metodologia diferenciada. Conteúdo consistente, produzido a partir da vivência da sala de aula e baseado na melhor doutrina. Texto 100% em dia com a realidade legislativa e jurisprudencial.

**Diálogo entre o livro e o**




A união da tradição Saraiva com o novo conceito de **livro vivo**, traço característico da LivroeNet, representa um marco divisório na história editorial do nosso país.

O conteúdo impresso que está em suas mãos foi muito bem elaborado e é completo em si. Porém, como organismo vivo, o Direito está em constante mudança. Novos julgados, súmulas, leis, tratados internacionais, revogações, interpretações, lacunas modificam seguidamente nossos conceitos e entendimentos (a título de informação, somente entre outubro de 1988 e novembro de 2011 foram editadas 4.353.665 normas jurídicas no Brasil – fonte: IBPT).


Você, leitor, tem à sua disposição duas diferentes plataformas de informação: uma **impressa**, de responsabilidade da Editora Saraiva (livro), e outra disponibilizada na **internet**, que ficará por conta da LivroeNet (o

que chamamos de )



No  você poderá assistir a **vídeos** e participar de **atividades** como simulados e enquetes. **Fóruns de discussão e leituras complementares** sugeridas pelos autores dos livros, bem como comentários às novas leis e à jurisprudência dos tribunais superiores, ajudarão a

enriquecer o seu repertório, mantendo-o sintonizado com a dinâmica do nosso meio.

Você poderá ter acesso ao  <sup>1</sup> do seu livro mediante **assinatura**. Todas as informações estão disponíveis em [www.livroenet.com.br](http://www.livroenet.com.br).

Agradecemos à Editora Saraiva, nas pessoas de Luiz Roberto Curia, Roberto Navarro e Lígia Alves, pela confiança depositada em nossa Coleção e pelo apoio decisivo durante as etapas de edição dos livros.

As mudanças mais importantes que atravessam a sociedade são representadas por realizações, não por ideais. O livro que você tem nas mãos retrata uma mudança de paradigma. Você, caro leitor, passa a ser integrante dessa revolução editorial, que constitui verdadeira inovação disruptiva.

**Alice Bianchini | Luiz Flávio Gomes**  
Coordenadores da Coleção Saberes do Direito  
Diretores da LivroeNet

*Saiba mais sobre a LivroeNet*  
<http://atualidadesdodireito.com.br/?video=livroenet-15-03-2012>

<sup>1</sup> O  deve ser adquirido separadamente. Para mais informações, acesse [www.livroenet.com.br](http://www.livroenet.com.br).



## Capítulo 1 Disposições Comuns à Recuperação Judicial e à Falência

### 1. Noções gerais de empresário ou sociedade empresária

### 2. Competência

#### 2.1 Juízo competente

#### 2.2 Estabelecimento principal

#### 2.3 Prevenção

#### 2.4 Juízo das falências e recuperações

### 3. Administrador judicial

#### 3.1 Noções introdutórias

#### 3.2 Impedimentos do administrador judicial

#### 3.3 Deveres e atribuições do administrador judicial

#### 3.4 Prestação de contas

### 4. Assembleia geral de credores

#### 4.1 Noções introdutórias

#### 4.2 Atribuições

#### 4.3 Convocação e quórum de instalação

#### 4.4 Composição da assembleia geral de credores

#### 4.5 Presidência, participação e representação na assembleia

#### 4.6 Quórum de deliberação

##### 4.6.1 Quórum

##### 4.6.2 Quórum qualificado

#### 4.7 A presunção de validade das deliberações da assembleia geral e as decisões judiciais

acerca da existência, quantificação e  
classificação dos créditos

5. Comitê de credores

6. Verificação e habilitação dos créditos

6.1 Verificação dos créditos

6.2 Habilitações de créditos

6.3 Impugnação de crédito

6.4 Habilitações retardatárias

6.5 Conseqüências negativas da habilitação retardatária

6.6 Questões para fixação da matéria

6.7 10 dicas rápidas sobre teoria geral das falências e  
recuperações

**Capítulo 2 Recuperação Judicial**

1. Conceito e características

2. Fases do processo de recuperação judicial

2.1 Noções introdutórias

2.2 Fase de postulação

2.2.1 Legitimidade ativa

2.2.2 Requisitos subjetivos para a recuperação  
judicial

2.2.3 Excluídos do polo ativo

2.2.4 Créditos sujeitos à recuperação judicial

2.2.5 Petição inicial de recuperação judicial

2.2.6 Meios de recuperação judicial

3. Fase de processamento e deliberação

3.1 Despacho de processamento

3.2 Efeitos do despacho de processamento

3.3 Apresentação do plano de recuperação judicial

3.4 Limitações ao plano de recuperação judicial

3.5 Da aprovação ou rejeição do plano

3.6 Decisão concessiva da recuperação judicial

3.6.1 Natureza jurídica da decisão concessiva  
da recuperação judicial

3.7 Efeitos da sentença concessiva da recuperação  
judicial

4. Fase de execução

4.1 Execução do plano de recuperação judicial

4.2 Encerramento do processo de recuperação judicial

5. Recuperação judicial especial

5.1 Microempresa e empresa de pequeno porte – plano  
especial

5.2 Créditos sujeitos ao plano de recuperação especial

5.3 Créditos excluídos da recuperação especial

5.4 Do plano especial

5.5 Efeitos da sentença concessiva da recuperação  
judicial especial

6. Convolução em falência

### Capítulo 3 Recuperação Extrajudicial

1. Conceituação da matéria

2. Legitimidade ativa

3. Requisitos subjetivos da recuperação extrajudicial

4. Excluídos do polo ativo

- 5. Créditos sujeitos à recuperação extrajudicial
- 6. Créditos excluídos da recuperação extrajudicial
- 7. Petição inicial de recuperação extrajudicial
- 8. Desistência
- 9. Limitações ao plano de recuperação extrajudicial
- 10. Homologação facultativa
- 11. Homologação obrigatória, compulsória ou impositiva
- 12. Da decisão judicial de homologação da recuperação extrajudicial
- 13. 10 dicas rápidas sobre recuperação de empresas

## Capítulo 4 Da Falência

- 1. Teoria geral da falência
  - 1.1 Origem etimológica
  - 1.2 Conceito de falência
  - 1.3 Finalidade da falência
  - 1.4 Pressupostos da falência
    - 1.4.1 Empresário e legitimidade
    - 1.4.2 Insolvência
    - 1.4.3 Desnecessidade de pluralidade de credores

## Capítulo 5 Processo Falimentar

- 1. Noções introdutórias

## 2. Juízo universal

### 2.1 Conceito

### 2.2 Exceção à universalidade do juízo da falência

## 3. Legitimidade processual

### 3.1 Legitimidade ativa

### 3.2 Legitimidade passiva

#### 3.2.1 Sujeitos à falência

#### 3.2.2 Excluídos totalmente

#### 3.2.3 Excluídos parcialmente

## 4. Do pedido

### 4.1 Noções introdutórias

### 4.2 Pedido de falência baseado na impuntualidade injustificada, execução frustrada ou atos de falência

### 4.3 Petição inicial

### 4.4 Rito do processo falimentar

### 4.5 Autofalência

### 4.6 Falência requerida por credores e terceiros

### 4.7 Desistência do pedido

## 5. Defesa do requerido na falência

### 5.1 Contestação

### 5.2 Depósito elisivo

### 5.3 Alternativas de atuação do devedor na defesa

### 5.4 Causas excludentes da falência

## 6. Sentença declaratória

### 6.1 Natureza jurídica

### 6.2 Requisitos da sentença

#### 6.2.1 Termo legal

## 7. Sentença denegatória

## 8. Recursos

### 9. Efeitos jurídicos da sentença declaratória em relação aos credores

#### 9.1 Formação da massa subjetiva

#### 9.2 Suspensão das ações e execuções individuais dos credores contra o falido

#### 9.3 Vencimento antecipado dos créditos

#### 9.4 Suspensão da fluência de juros contra a massa falida

#### 9.5 A suspensão do curso da prescrição

### 10. Efeitos jurídicos da sentença declaratória em relação à pessoa do falido

### 11. Efeitos da sentença quanto aos contratos do falido

#### 11.1 Regra geral para os contratos bilaterais

### 12. Da ineficácia e da revogação de atos praticados antes da falência

#### 12.1 Atos ineficazes

#### 12.2 Atos revogáveis

### 13. Ação revocatória

#### 13.1 Rito

#### 13.2 Legitimidade ativa

#### 13.3 Legitimidade passiva

#### 13.4 Da sentença

### 14. Administração da falência

### 15. Arrecadação dos bens do falido

#### 15.1 Excluídos da arrecadação

## 15.2 Continuação provisória da empresa do falido

### 16. Pedido de restituição e embargos de terceiro

#### 16.1 Pedido de restituição

#### 16.2 Embargos de terceiro

### 17. Verificação dos créditos

### 18. Liquidação do Processo Falimentar

#### 18.1 Noções introdutórias

#### 18.2 Forma de realização do ativo

##### 18.2.1 Alienação

### 19. Classificação dos créditos

#### 19.1 Noções introdutórias

### 20. Pagamento dos credores

### 21. Encerramento da falência, extinção das obrigações do falido e sua reabilitação

### 22. 10 dicas rápidas sobre falências

## **Capítulo 6 Prática das Ações Empresariais nas Falências e Recuperações**

### 1. Ação de autofalência

### 2. Ação de falência requerida por terceiros

### 3. Ação de habilitação de crédito

#### 3.1 Ação de habilitação de crédito (rito da impugnação previsto no art. 9º da Lei n. 11.101/2005)

#### 3.2 Ação de habilitação de crédito após a homologação do quadro-geral de credores (rito ordinário do Código de Processo Civil)

- 4. Ação de impugnação de crédito
- 5. Ação revisional de crédito
- 6. Ação revocatória
- 7. Ação restitutória e embargos de terceiro
- 8. Ação de responsabilidade
- 9. Ação de recuperação judicial

## Capítulo 7 A Empresa na Ordem Econômica Constitucional

- 1. Direito, economia e intervenção estatal
- 2. Princípios constitucionais na ordem econômica
  - 2.1 Desenvolvimento econômico
  - 2.2 Desenvolvimento econômico na Constituição Federal
  - 2.3 Desenvolvimento econômico e sustentabilidade ambiental
  - 2.4 Supraprincípio constitucional da dignidade da pessoa humana
  - 2.5 Princípio da propriedade privada e da função social da propriedade
  - 2.6 Princípio da liberdade de iniciativa e liberdade de concorrência
- 3. Breves considerações sobre a defesa da concorrência
  - 3.1 No Brasil e no mundo
  - 3.2 Principais leis sobre a defesa da concorrência no Brasil
  - 3.3 Mecanismos de controle
  - 3.4 Principais condutas anticoncorrenciais

[3.5 Controle dos atos de concentração e estruturas](#)

[3.6 Outros mecanismos de controle e repressão](#)

## [Referências](#)



### 1. Noções gerais de empresário ou sociedade empresária

Antes do advento do Código Civil de 2002, comerciante era a pessoa natural, e sociedade comercial era a pessoa jurídica que, em caráter profissional e habitual, praticava atos de comércio, com finalidade lucrativa. Atos de comércio eram atividades comerciais elencadas no art. 19 do Regulamento n. 737 de 1850. Assim, sob a ótica da teoria dos atos de comércio (de origem francesa), quem, ainda que praticasse com habitualidade e finalidade lucrativa uma atividade econômica que não estava prevista no referido regulamento dos atos de comércio, não poderia ser considerado comerciante ou sociedade comercial, de sorte que não se submetia à legislação comercial e, por conseguinte, não obtinha os direitos e benefícios exclusivos do comerciante.

A **Teoria Francesa dos Atos de Comércio**, datada de 1808, ainda que imprecisa, influenciaria países de origem romanística, como o **Código Espanhol**, em 1829, o **Código Português**, em 1833, o **Código Brasileiro**, em 1850, e, principalmente, o **Código Italiano**, em 1882, não chegando a influenciar a legislação alemã.

No Brasil, pouco depois do grito de independência, em 1822, e em conjunto com a edição do **Código Português**, iniciaram-se os estudos para a mudança legislativa comercial, datada de 1850, com inspiração direta no **Code de Commerce**, que não mencionava a expressão “ato de comércio”, em vista da crítica a respeito da imprecisão da teoria, já conhecida pela doutrina, conforme Rubens Requião. Assim, ainda em 1850, editou-se o Regulamento n. 737, legislação processual que objetivava os atos de

comércio sujeitos à jurisdição dos Tribunais de comércio, a seguir:

A classificação oferecida pelo Regulamento n. 737/1850 é a seguinte (*in verbis*):

Art. 19. Considera-se mercancia:

§ 1º A compra e venda ou troca de efeitos móveis ou semoventes para os vender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufaturados, ou para alugar o seu uso;

§ 2º As operações de câmbio, banco e corretagem;

§ 3º As empresas de fábrica; de comissões; de depósito; de expedição, consignação e transporte de mercadorias; de espetáculos públicos;

§ 4º Os seguros, fretamentos, riscos e quaisquer contratos relativos ao comércio marítimo;

§ 5º A armação e expedição de navios.

A listagem oferecida pelo Regulamento n. 737 foi fator de grande importância para se falar na **Teoria Objetiva dos Atos de Comércio**, referenciando, principalmente, a produção; compra e venda ou troca de bens móveis ou semoventes com natureza mercantil; as operações bancárias; seguros e comércio marítimo, tendo valor como essencial e qualitativo material de apoio da aplicação de um Direito do Comércio no Brasil, até meados do século passado, quando o Direito Nacional apontou-se propenso à adoção da **Teoria Italiana da Empresa**.

A **Teoria Italiana da Empresa**, de Cesare Vivante, começou a ganhar o espaço até aquele momento ocupado pela teoria dos atos de comércio, com o **Codice Civile italiano** de 1942, que trouxe a unificação legislativa do Direito Privado, ainda que não importasse a real unificação dos princípios e normas de Direito Civil e de Direito Comercial, guardadas suas peculiaridades na aplicação das regras de interpretação do Direito.

Tal teoria visava a uma evolução nas regras de Direito Comercial, no sentido de mudar o foco legal no comerciante para a empresa como atividade econômica organizada, seja não somente a produção e circulação de bens, mas também a produção e circulação de serviços, bem como a mera prestação dos serviços, desde que em qualquer uma dessas

atividades se tivesse o hábito no seu exercício e o intuito de lucro, por meio do estabelecimento como complexo de bens materiais e imateriais para o desenvolvimento da atividade econômica.

A teoria da empresa (origem italiana), expressa no *Codice Civile* de 1942, preocupada em reparar os defeitos da teoria dos atos de comércio, passou a caracterizar o empresário por outros aspectos, diversos da espécie de atividade praticada. Digamos que a análise deixou de ser objetiva e passou a ser mais subjetiva.

O Novo Código Civil, unificando em parte o Direito Civil e o Direito Comercial, adotou expressamente a teoria da empresa em seu art. 966, para o qual empresário é aquele que profissionalmente exerce atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. A sociedade empresária, por sua vez, é aquela que exerce a atividade de empresário sujeito a registro (art. 982 do CC).

Deste modo, sempre que a pessoa física ou jurídica exercer com habitualidade e profissionalismo uma atividade econômica, ou seja, uma atividade criadora de lucro, de forma organizada (com a articulação harmoniosa dos 4 fatores de produção: mão de obra, matéria-prima, capital e tecnologia), para produzir ou circular bens ou serviços.

O **Código Civil brasileiro**, no parágrafo único do art. 966, trouxe também o conceito de que não empresários são aqueles que exerçam atividades consideradas, pelo **Código Civil** revogado, como civis; e agora, com a unificação, são considerados individualmente como profissionais liberais autônomos e sob a forma de sociedade como sociedade simples:

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Contudo, o parágrafo único do art. 966 do Novo Código Civil estabelece que não será considerado empresário aquele que exerce atividade intelectual de natureza científica, literária ou artística, ainda que com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se constituir

elemento de empresa.

O Enunciado n. 54 do Conselho da Justiça Federal diz que “[...] é caracterizador do elemento de empresa a declaração da atividade-fim, assim como a prática de atos empresariais”. Neste sentido, a Prof<sup>ma</sup> Mônica Gusmão ensina que “por elemento de empresa, deve entender-se o efetivo exercício de atividade econômica organizada que reúne capital, trabalho, tecnologia e insumos (matéria-prima) com fim lucrativo. Até onde entendemos, as pessoas enumeradas nesse dispositivo somente não serão consideradas empresárias se a atividade-fim por elas desenvolvida depender, exclusivamente, de sua própria profissão, ou mão de obra. Se a atividade-fim tiver de ser exercida com a colaboração de terceiros, o elemento de empresa estará presente e tanto basta para caracterizar o empresário como individual, ou a sociedade como empresária. A inserção de eventuais colaboradores ou auxiliares na atividade-meio não torna a atividade organizada. Numa palavra: quando a atividade-fim for desenvolvida pelo próprio profissional liberal, ou pelos sócios das sociedades simples, não há que se falar em elemento de empresa” (2004, p. 8-9).

### ***Síntese da matéria***

O Código Civil brasileiro vigente, editado no ano de 2002, unifica legislativamente o Direito Privado inspirado no estatuto civil italiano, trazendo para o nosso país o foco na empresa como atividade econômica organizada e o empresário como seu exercente, seja de forma individual, por uma pessoa natural, ou societária, por uma pessoa jurídica, a seguir:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Podemos, portanto, afirmar que a primeira parte do Código

Comercial foi revogada, afastando-nos do comerciante e aproximando-nos da empresa com a unificação em tela, explicitada pelo art. 966 do Código Civil. No parágrafo único, temos a tratativa daquelas atividades anteriormente consideradas como civis pelo Código de 1916, também revogado, e agora, pelo novo estatuto, reguladas como individuais autônomas ou sociedades simples.

A atividade empresarial não se limita àquela comercial em sentido estrito (intermediação). A atividade empresarial tem uma conotação mais ampla que a mera intermediação entre o momento da produção e o do consumo. Ela pode ser civil, industrial, de intercâmbio de bens, de distribuição ou securitária.

Finalmente, a organização a que a atividade está dependente, incluindo capital e trabalho, é o principal elemento caracterizador da empresarialidade.

## **2. Competência**

### ***2.1 Juízo competente***

É competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, conceder a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil, conforme as disposições iniciais da Lei de Falências e Recuperações.

### ***2.2 Estabelecimento principal***

Quando o empresário ou sociedade empresária possui apenas um estabelecimento empresarial, não cabe indagar qual é o estabelecimento principal. A questão se apresenta de difícil solução quando os estabelecimentos são vários. Neste linear, vamos imaginar o seguinte exemplo: se uma cervejaria tem sua produção em uma cidade no interior do Estado de Minas Gerais, e sua sede administrativa em São Paulo, qual será o estabelecimento empresarial principal?

Para responder a esta pergunta, temos 3 (três) correntes:

- a) A primeira corrente entende que o principal estabelecimento é o domicílio previsto no contrato social ou no estatuto social da sociedade

empresária. Esta tese, de certa forma, permite a fraude por parte do devedor. Pois, vamos imaginar que a produção industrial e, portanto, os bens estejam em São Paulo, e a sede do contrato social fique em São Paulo também, mas o devedor, sabendo que sofrerá um pedido de falência, efetua mudança no contrato social do local da sede para o Amapá. Neste caso, a falência deverá ser ajuizada no Amapá, e, assim, a arrecadação dos bens será morosa e de altos custos, contrariando os interesses dos credores.

b) A segunda corrente, encabeçada por Miranda Valverde, explica que a sede administrativa é o ponto central dos negócios, de onde partem todas as ordens, a contabilidade geral etc., sobrepondo-se ao critério estatutário ou contratual. Esta teoria também favorece as fraudes.

c) A terceira corrente, que vem ganhando espaço na jurisprudência, é a teoria adotada por Oscar Barreto Filho, segundo a qual estabelecimento principal é aquele onde se encontra maior atividade mercantil, mais expressivo em termos patrimoniais, elegendo o critério econômico para solução da questão apresentada.

Esta última corrente é à que nos filiamos, já que tal critério se adapta bem aos princípios do vigente Direito das Falências e Recuperações, prestigiando a aproximação dos credores ao juízo da falência para a tomada de decisões.

### **2.3 Prevenção**

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

### **2.4 Juízo das falências e recuperações**

Nas legislações anteriores, o juízo da falência sempre foi universal para o conhecimento de todas as ações, dos credores do devedor, já que estamos tratando de uma execução coletiva em que, ao final, buscam-se classificar os créditos para pagamento desses mesmos credores, que se em juízo único ficarão mais bem organizados. Observação importante é no sentido de que tal regra comporta exceção para excluir as demandas trabalhistas, execuções fiscais e demandas ilíquidas, assim como as ações

em que o devedor for autor.

Em conclusão, todas as ações que fazem parte dessa regra são suspensas para serem reunidas no juízo universal.

### ***Direto ao ponto***

O juízo da falência é universal e indivisível para julgar os empresários e as sociedades empresárias em recuperação ou em situação de falência.

## **3. Administrador judicial**

### **3.1 Noções introdutórias**

A Lei de Falências e Recuperações criou a figura jurídica do administrador judicial, em substituição às figuras do síndico e do comissário, para auxiliar o juiz na administração e condução do processo de falência ou da recuperação judicial.

No Decreto-lei n. 7.661/45, o síndico deveria ser escolhido entre os três maiores credores e, somente após a recusa destes, o juiz poderia convocar um síndico dativo de sua confiança.

Agora, o administrador judicial será inicialmente nomeado pelo juiz. É a pessoa da confiança do juiz, que tem por função administrar a massa falida. Pode ser pessoa natural ou pessoa jurídica, desde que seja profissional idôneo ou pessoa jurídica especializada, sendo que sua função é remunerada e indelegável. Na administração da massa, o administrador judicial tem por função elaborar relação de credores; requerer convocação de assembleia geral; requerer a falência no caso de descumprimento do plano de recuperação judicial; arrecadar os bens do devedor em caso de falência, entre outras previsões elencadas no art. 22 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência.

Na falência, não há nem personalidade, nem representação. O administrador não representa nem o devedor, nem a massa dos credores, nem a massa falida, que não constitui pessoa jurídica. Não há representação voluntária, e a representação legal é inconcebível, porque o administrador não tutela o interesse egoístico deste ou daquele, mas age no interesse objetivo da justiça, eventualmente, contra o interesse pessoal do

falido ou contra o interesse dos credores.

O administrador responderá pelos prejuízos causados à massa falida, ao devedor ou aos credores por dolo ou culpa no desempenho de suas funções.

Todavia, na falência, o administrador judicial será nomeado na sentença declaratória (art. 99, IX), ao passo que na recuperação judicial não será nomeado em uma sentença, mas, sim, no despacho de processamento (art. 52, I). Depois de nomeado pelo juiz, somente por ele poderá ser substituído ou destituído, o que expressa claramente que o administrador judicial não é um representante dos credores, mas, sim, um auxiliar do juízo.

O administrador judicial deve ser profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada, e, antes de mais nada, tem que ser pessoa de confiança do juiz.

O momento da nomeação do administrador judicial, no caso da falência, está intimamente ligado à sentença decretatória, enquanto na recuperação judicial, ao despacho de processamento.

### ***3.2 Impedimentos do administrador judicial***

Não poderá exercer esta função, tampouco integrar o comitê de credores, quem, nos últimos 5 (cinco) anos, foi administrador judicial ou membro do comitê em processo de falência ou recuperação judicial e dele foi destituído, deixou de prestar contas ou as teve reprovadas. Estará também impedido das funções acima quem tiver parentesco ou afinidade até o 3º grau com o devedor, seus administradores, controladores ou representantes legais ou deles for amigo, inimigo ou dependente.

### ***3.3 Deveres e atribuições do administrador judicial***

Dentre os deveres e atribuições do administrador judicial, devemos apontar alguns de extrema relevância. Para tanto, dividiremos em atos praticados na recuperação judicial e na falência, atos realizados exclusivamente na recuperação judicial e atos realizados exclusivamente na falência:

Na recuperação e na falência, podemos citar: a) elaborar a

relação de credores – com a nova lei, o administrador tem atuação fundamental na verificação dos créditos (tema tratado adiante); b) consolidar o quadro-geral de credores – tendo como base a relação de credores e o julgamento das impugnações, o administrador deverá elaborar o quadro-geral de credores, que, depois de homologado pelo juiz, será publicado no órgão oficial; c) requerer ao juiz convocação da assembleia geral de credores nos casos previstos em lei ou quando entender necessária sua ouvida para a tomada de decisões.

Na recuperação judicial, uma das principais atribuições do administrador judicial é fiscalizar a atividade empresarial do devedor e o cumprimento do plano de recuperação judicial. Aliás, correlacionado a esta fiscalização, cabe mencionar que a fiscalização a ser exercida pelo administrador judicial é muito mais participativa e atuante que a anteriormente exercida pelo comissário, pois a nova lei exige a apresentação de relatório mensal sobre as atividades do devedor.

Na falência, o administrador judicial tem finalidades essenciais, tais como a representação judicial da massa falida, arrecadar os bens e documentos do devedor, realizar a avaliação dos bens e dar cumprimento a contratos bilaterais e unilaterais.

As funções do administrador judicial são indelegáveis; contudo, poderá contratar auxiliares, desde que obtenha autorização prévia do juiz.

O administrador judicial poderá ser substituído ou destituído. A destituição está revestida do caráter de sanção, penalidade para o administrador judicial que desobedece aos preceitos da lei falimentar, descumprir com seus deveres, omitir, negligenciar ou praticar ato lesivo às atividades do devedor ou a terceiros; enquanto a substituição não possui aspecto de sanção e poderá ocorrer, por exemplo, quando o administrador não assinar o termo de nomeação, não aceitar o cargo, renunciar, falecer ou for interdito.

O juiz, de ofício ou a requerimento fundamentado de qualquer credor, devedor ou do Ministério Público, poderá determinar a destituição ou substituição do administrador judicial.

Pelo trabalho desenvolvido, o administrador judicial terá direito a uma remuneração cujo valor e forma de pagamento serão fixados pelo juiz, observadas a capacidade de pagamento do devedor, o grau de

complexidade do trabalho e os valores praticados no mercado para o desempenho de atividades semelhantes. Todavia, o montante dessa remuneração não pode superar a 5% (cinco por cento) do valor devido aos credores submetidos à recuperação judicial ou do valor da venda dos bens na falência.

No processo de falência, ao administrador judicial deverão ser reservados 40% (quarenta por cento) do total devido a ele para pagamento somente após a prestação de contas e a apresentação do relatório final da falência, o qual permite que o juiz a encerre por sentença.

Na hipótese de o administrador judicial ser substituído, terá direito a uma remuneração proporcional ao trabalho realizado; porém, se o administrador renunciar sem justa causa ou for destituído de suas funções por desídia, culpa, dolo ou descumprimento das obrigações fixadas na lei, não terá direito a remuneração nenhuma.

Na recuperação judicial, compete ao devedor pagar a remuneração do administrador judicial e das pessoas eventualmente contratadas para auxiliá-lo. Já na falência, as referidas despesas deverão ser arcadas pela massa falida.

Sobre a remuneração, é importante destacar que, na falência, a remuneração do administrador judicial não é mais equiparada ao crédito trabalhista; agora é classificada como crédito extraconcursal e, portanto, o administrador receberá primeiro que o credor trabalhista e de acidente de trabalho, não se aplicando mais a Súmula 219 do STJ.

### **3.4 Prestação de contas**

O administrador tem o dever de prestar contas no encerramento do processo falimentar e, se não o fizer espontaneamente, o legislador determina que seja intimado para fazê-lo no prazo de 5 dias.

A prestação de contas será autuada em separado, porém dependente ao processo de falência. O administrador deverá juntar documentos à apresentação de contas. No julgamento das contas, o juiz poderá rejeitá-las e decretar a indisponibilidade, bem como o sequestro de seus bens, determinando as suas responsabilidades.

### ***Direto ao ponto***

O administrador judicial é pessoa da confiança do juiz, com remuneração por ele atribuída e escolhido preferentemente entre advogado, contador, administrador ou economista.

#### **4. Assembleia geral de credores**

##### **4.1 Noções introdutórias**

A Lei de Falências e Recuperações inovou com a criação da assembleia geral de credores, incumbida de acompanhar todo o processo de recuperação da empresa, sendo competente para deliberar sobre o Plano de Recuperação Judicial e a Falência.

##### **4.2 Atribuições**

A assembleia geral de credores terá por atribuições deliberar sobre os institutos da recuperação judicial e da falência (art. 35 da Lei de Falências e Recuperações). Note-se que a nova lei veda expressamente a assembleia geral na recuperação judicial especial e, em tese, o texto legal não admite a assembleia dos credores na recuperação extrajudicial.

Na recuperação judicial, compete à assembleia geral de credores deliberar sobre: a) a aprovação, rejeição ou alteração do plano de recuperação judicial; b) a constituição do comitê de credores, com a eleição de seus membros, bem como sua substituição; c) a aprovação, caso o devedor requeira a desistência do pedido de recuperação judicial após o deferimento de seu processamento; d) a nomeação de gestor judicial, quando do afastamento do empresário devedor ou dos administradores da sociedade empresária devedora; e) qualquer outra matéria de interesse dos credores.

Na falência, a Lei de Falências e Recuperações designou à assembleia geral de credores a competência para decidir sobre: a) a constituição do comitê de credores, com a eleição de seus membros, assim como sua substituição; b) aprovação de outra alternativa de realização do ativo, desde que presente o quórum de 2/3 dos créditos; e c) deliberar sobre assuntos de interesse geral dos credores (art. 35, II).

##### **4.3 Convocação e quórum de instalação**

O juiz convocará a assembleia geral de credores nos casos expressamente previstos em lei, ou quando a seu critério entender necessário, e finalmente mediante o requerimento de credores com representatividade mínima de 25% (vinte e cinco por cento) do valor total dos créditos de determinada classe.

Para tanto, o aviso de convocação será publicado em edital no *Diário Oficial* e em jornais de grande circulação nas localidades da sede e filiais, inclusive com cópia afixada na sede e filiais do devedor. A Lei de Falências e Recuperações exige que a publicação tenha a antecedência mínima de 15 (quinze) dias, contados da data de realização da assembleia.

O edital deverá conter o local, a data e a hora da assembleia, a ordem do dia, bem como o local onde os credores poderão retirar cópias do plano de recuperação, a fim de que possam analisá-lo e refletir previamente sobre a sua deliberação.

O quórum de instalação da primeira convocação se dá com a presença de credores titulares de mais da metade dos créditos de cada classe, computados pelo valor do crédito. Caso não seja alcançado, deverá ser realizada a segunda convocação, cuja instalação não exige quórum mínimo, e, deste modo, é realizada com qualquer número, desde que em 5 (cinco) dias depois da primeira convocação.

#### **4.4 Composição da assembleia geral de credores**

As três primeiras instâncias deliberativas correspondem às três classes de credores assim definidas:

- ◆ *1ª classe* – é composta de credores derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho;
- ◆ *2ª classe* – é constituída por credores com garantia real; e
- ◆ *3ª classe* – é formada por credores quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados (art. 41 da Lei de Falências e Recuperações).

Fábio Ulhoa Coelho ensina que “na assembleia de credores há quatro instâncias de deliberação, as três instâncias acima apontadas e mais o plenário”, e, segundo o autor: “a instância de maior abrangência é o plenário da assembleia dos credores. Sempre que a matéria não disser

respeito à constituição do comitê ou não se tratar do plano de reorganização, cabe a deliberação ao plenário. Tem essa instância, portanto, competência residual. Se não houver nenhuma previsão específica reservando a apreciação da matéria a outra ou outras instâncias, o plenário deliberará pela maioria de seus membros, computados os votos proporcionalmente aos seus valores, independentemente da natureza do crédito titularizado” (2011, p. 373).

Entretanto, a competência para deliberação de assuntos relacionados à constituição e composição do comitê de credores é tão somente das três primeiras instâncias deliberativas acima enumeradas. Nesta hipótese, importante destacar que, conforme o art. 26 da Lei de Falências e Recuperações, os credores com privilégio especial são retirados da classe formada pelos credores quirografários, com privilégio geral ou subordinados, e passam a integrar a outra instância deliberativa juntamente com os titulares de crédito com garantia real, alterando, portanto, a ordem estabelecida no art. 41 da Lei de Falências e Recuperações.

#### ***4.5 Presidência, participação e representação na assembleia***

A presidência da assembleia geral de credores compete ao administrador judicial, que nomeará um dos credores presentes para secretariá-lo. O credor que for participar da assembleia deverá assinar a lista de presença, que será encerrada no momento da instalação. O credor que não puder ou não quiser comparecer à assembleia geral poderá ser representado por mandatário ou representante legal, se, entretanto, entregar ao administrador judicial documento hábil que comprove seus poderes no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas antes da data prevista no aviso de convocação.

A Lei de Falências e Recuperações, em seu art. 37, § 5º, confere a possibilidade de o sindicato de trabalhadores representar os credores trabalhistas associados que não comparecerem à assembleia, desde que os sindicatos apresentem ao administrador judicial a relação dos associados que serão representados até 10 (dez) dias antes da realização da assembleia.

#### ***4.6 Quórum de deliberação***

Em regra, o credor terá direito de voto proporcional ao valor de seu crédito. Ademais, na recuperação judicial, para fins exclusivos de votação em assembleia geral, o crédito em moeda estrangeira deverá ser convertido para moeda nacional pelo câmbio da véspera da data de realização da assembleia.

#### **4.6.1 Quórum**

O quórum geral de deliberação é o de maioria simples, considerada quando a votação obtiver mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembleia geral. Destarte, não dispondo a lei de quórum diverso, as deliberações serão tomadas por maioria simples.

#### **4.6.2 Quórum qualificado**

A presença de quórum qualificado se dá somente em 2 (duas) hipóteses expressamente previstas na Lei de Falências e Recuperações:

- a) Aprovação do plano de recuperação (art. 45).
- b) Aprovação de forma alternativa para a realização do ativo (art. 46).

##### ***a) Aprovação do plano de recuperação judicial***

A Lei de Falências e Recuperações determina que todas as classes de credores deverão aprovar o plano. Mas muita atenção! Há diferenças de tratamento na votação entre as classes. Na classe dos credores trabalhistas e/ou de acidente do trabalho, a aprovação resulta do voto favorável de mais da metade dos credores presentes, independentemente do valor de seus créditos; trata-se do vulgarmente chamado “voto por cabeça”. Exemplificando, vamos imaginar que João, Pedro e Lucas são credores trabalhistas e compareceram à assembleia; será aprovado, para esta classe, o plano com 2 (dois) votos favoráveis. Já na classe dos credores com garantia real e na classe dos credores com privilégio especial, privilégio geral, quirografários e subordinados, a aprovação decorre do voto favorável não somente de mais da metade dos credores presentes à assembleia, como também, cumulativamente, pela maioria do valor total dos créditos presentes à assembleia. À guisa de exemplo, se o Banco Alpha (com 30% dos créditos de sua classe), o Banco Beta (29% dos créditos de sua classe) e o Banco Ômega (21% dos créditos de sua classe) são credores da segunda classe que compareceram à assembleia, o plano

somente será aprovado se o Banco Alpha der voto favorável juntamente com qualquer um dos outros credores. Caso o Banco Beta e o Banco Ômega votem a favor e o Banco Alpha vote contra, o plano não será aprovado na segunda classe, posto que a maioria de presentes foi alcançada, porém a maioria do valor total dos créditos presentes não! Igual exemplo podemos citar para a terceira classe.

### ***b) Aprovação de forma alternativa de realização do ativo na falência***

Vale dizer que os credores podem optar pela venda extraordinária de bens, outra espécie de alienação que entendam que deva ser diversa das modalidades já previstas em lei (leilão, venda por proposta e pregão). No entanto, para isto, o art. 46 da Lei de Falências e Recuperações reclama um quórum qualificado, que deriva do voto favorável de credores que representem 2/3 (dois terços) dos créditos presentes à assembleia.

*Direito de voto* – sobre o assunto, é bom deixar claro que somente as pessoas arroladas no quadro-geral de credores terão direito de voto na assembleia geral. Na falta do quadro-geral de credores, recorre-se à verificação das pessoas indicadas na relação de credores apresentada pelo administrador judicial (constante do edital que relaciona os credores – art. 7º, § 2º), ou ainda, na ausência deste, na relação nominal completa dos credores apresentada pelo próprio devedor (documento cuja apresentação é exigida para a instrução da petição inicial de recuperação judicial – art. 51, III e IV; para a instrução do pedido de autofalência – art. 105, II; e, finalmente, por determinação da sentença declaratória da falência ao falido – art. 99, III). Votam, ainda, as pessoas que estejam habilitadas na data da realização da assembleia ou que tenham créditos admitidos ou modificados por decisão judicial, inclusive os que tenham obtido reservas de importâncias (no caso das ações que demandam quantias ilíquidas e das ações de natureza trabalhista).

*Impedidos de votar* – não terão direito a voto e não serão considerados para fins de verificação do quórum de instalação e de deliberação os titulares de créditos da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de

domínio, bem como os titulares de ACC (Adiantamento de Contrato de Câmbio), uma vez que não estão sujeitos ao plano de recuperação judicial. Além destes, na recuperação judicial, os titulares de créditos retardatários, excetuados os titulares de créditos derivados da relação de trabalho, não terão direito a voto nas deliberações da assembleia geral de credores (art. 10, § 1º). Na falência, aplica-se a mesma regra, salvo se, na data da realização da assembleia geral, já houver sido homologado o quadro-geral de credores contendo o crédito retardatário.

#### **4.7 A presunção de validade das deliberações da assembleia geral e as decisões judiciais acerca da existência, quantificação e classificação dos créditos**

Objetivando garantir a realização da assembleia e assegurar o princípio da celeridade processual com a presunção de validade de suas deliberações, o legislador determinou que as deliberações da assembleia geral não serão invalidadas em razão de posterior decisão judicial acerca da existência, quantificação ou classificação dos créditos (art. 39, § 2º).

Além disso, define que eventuais ações que tenham por objeto a referida discussão não obterão liminar, seja de caráter cautelar ou antecipatório, para a suspensão ou adiamento da assembleia geral de credores (art. 40).

A liminar de suspensão ou adiamento da assembleia geral somente poderá ser concedida se a disputa judicial versar sobre outros fundamentos jurídicos, distintos dos motivos acima elencados, por exemplo, a inobservância do prazo de antecedência mínima de 15 (quinze) dias para a publicação do edital, previsto no art. 36, *caput*.

A propósito, entendemos oportuno mencionar a discutível legalidade destes dispositivos da nova lei. Isto porque demonstram incongruência com o texto constitucional, que estabelece a impossibilidade de a lei excluir da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da CF).

Em suma, o art. 35 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência prevê as diversas competências da assembleia geral de credores, que será convocada pelo juiz, sempre que achar necessário, sendo também convocada pelos credores, desde que representem 25% do total do passivo. Entre as suas principais competências, está a aprovação, a rejeição ou a

modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor; a adoção de outras modalidades de realização do ativo; além de quaisquer outras matérias que possam afetar os interesses dos credores.

Essa tentativa de introdução da assembleia de credores na Lei de Falências e Recuperações não traz, em verdade, uma novidade, pois a lei anterior já previa, desde sua promulgação, em 1945, a formação de assembleia geral de credores, como se pode verificar dos arts. 122 e 123 daquele diploma. No entanto, o desinteresse dos credores sempre foi tão acentuado em formação de assembleias, que esses artigos caíram no esquecimento, sendo desconhecidos até por muitos daqueles que atuam nesse campo do direito. Não é possível saber ainda se, com o novo diploma, será despertado o interesse das partes pela assembleia de credores, ou se, como ocorreu no antigo diploma, essa assembleia também cairá no esquecimento.

A convocação da assembleia será precedida de publicação de edital no órgão oficial e em jornais de grande circulação, com antecedência mínima de 15 dias, sendo instaurada em primeira convocação, com a presença de credores que representem a maioria dos créditos em cada classe, e, em segunda convocação, com qualquer número. Os credores podem se fazer representar por procurador, e os credores decorrentes da relação de trabalho podem se fazer representar pelo sindicato ao qual estejam associados.

### ***Direto ao ponto***

A assembleia geral de credores é o órgão máximo de deliberação e demonstra os novos princípios da vigente Lei de Falências e Recuperações, no sentido de que a tomada de decisões é do credor, e não mais concentrada no juiz.

## **5. Comitê de credores**

Ao contrário do administrador judicial, o comitê de credores é órgão facultativo, no qual os credores poderão agir de forma mais intensa e participativa, tendo, em síntese, poderes de fiscalização e deliberação.

A doutrina maciça sugere que deva ser instituído somente em casos nos quais haja alto grau de complexidade no processo de superação da crise e quando a atividade econômica em crise for de grande expressão

econômico-financeira e social.

A vantagem da existência do comitê de credores reside no fato de que este representa os vários grupos de interesses dos credores quando da tomada de certas e relevantes decisões relativas ao bom andamento do procedimento e à fiscalização do desempenho do administrador judicial.

É órgão facultativo tanto na recuperação de empresas como na falência, cabendo aos credores decidir pela conveniência ou não de sua instalação, sendo composto de um representante indicado pela classe de credores trabalhistas, um representante indicado pela classe de credores com direitos reais de garantia ou privilégios especiais e um representante indicado pela classe de credores quirografários e com privilégios gerais, cada qual com dois suplentes.

Entre as principais funções do comitê de credores, estão as de fiscalizar as atividades e examinar as contas do administrador judicial; requerer ao juiz a convocação de assembleia geral de credores; e fiscalizar a administração das atividades do devedor, apresentando, a cada 30 dias, o relatório de sua situação, no caso de recuperação judicial.

Os membros do comitê de credores têm responsabilidade semelhante à do administrador judicial; portanto, sendo o comitê órgão colegiado, não poderá ser responsabilizado o membro que, sendo dissidente em deliberação, faça constar essa discordância em ata.

O comitê será constituído por deliberação de qualquer das classes de credores na assembleia geral, não se exigindo que as três classes o tenham aprovado. Após a constituição, para a composição do comitê, cada classe de credores elege 1 (um) representante mais 2 (dois) suplentes.

Anote-se que a falta de indicação de representante por quaisquer das classes não prejudicará a constituição do comitê, que poderá perfeitamente funcionar com número inferior.

No que se refere à composição do comitê, surge uma questão a ser cuidadosamente observada: a classificação das classes dos credores na composição do comitê de credores (art. 26) é distinta das classes de credores na assembleia geral (art. 41). Isto porque, na composição do comitê, os credores com privilégio especial são retirados da classe composta pelos credores quirografários, com privilégio geral ou subordinados, e passam a integrar a outra instância deliberativa juntamente

com os titulares de crédito com garantia real, alterando, portanto, a ordem estabelecida no art. 41 da Lei de Falências e Recuperações, ficando a classificação da seguinte forma:

I) classe de credores trabalhistas;

II) classe de credores com direitos reais de garantia ou **privilégios especiais**;

III) classe de credores quirografários e com privilégios gerais.

Sem sombra de dúvida, a principal função do comitê de credores é fiscalizar tanto o administrador judicial como a sociedade empresária e a sua execução do plano de recuperação.

Como bem adverte Fábio Ulhoa Coelho, “além da competência fiscal, por cujo exercício presta contas mensais, o comitê pode eventualmente exercer também duas outras: elaboração de plano de recuperação alternativo ao apresentado pela sociedade empresária devedora e deliberação sobre as alienações de bens do ativo permanente e os endividamentos necessários à continuação da atividade empresarial, quando determinado pelo juiz o afastamento dos administradores da empresa em crise” (2011, p. 377).

Inexistindo o comitê de credores, compete ao administrador judicial ou, na incompatibilidade deste, ao juiz exercer as suas atribuições.

### ***Direto ao ponto***

Órgão raro e facultativo.

## **6. Verificação e habilitação dos créditos**

### **6.1 Verificação dos créditos**

Um dos pontos que sofreu pertinente alteração foi justamente a verificação e habilitação dos créditos nos processos de recuperação judicial e falência. Isto porque, de acordo com as lições de Waldo Fazzio Júnior, afastou a imediata apreciação judicial do processo verificatório, conferindo ao administrador judicial o exame preliminar das divergências sobre a relação de credores, deixando ao juiz a apreciação dos créditos, se e quando impugnados. Sua finalidade é delimitar os créditos que irão

compor o quadro-geral de credores, e é essencial para impedir a fraude e a má-fé.

A verificação dos créditos compete ao administrador judicial, que a realizará com base nos livros contábeis e documentos comerciais e fiscais do devedor e nos documentos que lhe forem apresentados pelos credores, podendo contar com o auxílio de profissionais ou empresas especializadas.

No entanto, a verificação dos créditos poderá ter marcos iniciais diferentes:

- ◆ Na hipótese de recuperação judicial, o requerente deverá instruir a petição inicial com a relação de credores.
- ◆ Na falência decretada a pedido de credor ou sócio dissidente, ao falido cumpre apresentar relação de credores no prazo de 5 (cinco) dias.
- ◆ No caso de autofalência, o devedor requerente deverá apresentar em juízo, juntamente com outros documentos, a relação de credores detalhada e suas respectivas classificações.

Entretanto, se o requerente da recuperação judicial ou da autofalência, ou o falido nos demais casos, não apresentar a relação de credores, esta deverá ser feita pelo administrador judicial.

## **6.2 Habilitações de créditos**

Com a juntada da relação de credores aos autos, o juiz ordenará a publicação de edital, para que os credores apresentem ao administrador judicial, no prazo de 15 (quinze) dias contados da publicação, suas habilitações (caso o crédito não tenha sido relacionado) ou suas divergências (caso haja discordância relativa a valor e/ou classificação) quanto aos créditos relacionados.

Os credores de créditos remanescentes da recuperação judicial, que tenham seus créditos incluídos no quadro-geral de credores desta, quando da convalidação em falência terão seus créditos automaticamente habilitados, e, portanto, estão dispensados de apresentar suas habilitações.

O administrador judicial, por sua vez, analisará cada uma das habilitações e divergências apresentadas e fará publicar novo edital contendo a segunda relação de credores no prazo de 45 (quarenta e cinco)

dias, contados do fim do prazo dos credores.

### **6.3 Impugnação de crédito**

Publicada a segunda relação de credores, terão legitimidade para apresentar ao juiz impugnação, apontando a ausência de qualquer crédito ou manifestando-se contra a legitimidade, importância ou classificação de crédito relacionado:

- a) comitê;
- b) qualquer credor;
- c) devedor;
- d) os sócios ou acionistas da sociedade devedora;
- e) Ministério Público.

Não havendo impugnações, a relação de credores constante do edital de que trata o art. 7º, § 2º, será homologada pelo juiz, transformando-se no quadro-geral de credores.

Porém, se a relação de credores sofrer impugnações, cada uma delas será autuada em separado, mas terão uma só autuação as diversas impugnações versando sobre o mesmo crédito.

Os credores cujos créditos foram impugnados serão intimados para, no prazo de 5 (cinco) dias, contestá-la. Transcorrido este prazo, o devedor e o comitê, se este existir, serão intimados pelo juiz para se manifestarem sobre ela no prazo comum de 5 (cinco) dias. Expirado o prazo de manifestação do devedor e do comitê, o administrador judicial será intimado para emitir parecer no prazo de 5 (cinco) dias. Finalmente, os autos das impugnações serão conclusos ao juiz, que as julgará procedentes ou improcedentes.

Da decisão judicial sobre a impugnação, caberá o recurso de agravo de instrumento. Alertamos que o parágrafo único do art. 17 da Lei de Falências e Recuperações prevê expressamente a possibilidade de o relator conceder efeito suspensivo à decisão que reconhece o crédito ou determinar a inscrição ou modificação do seu valor ou classificação no quadro-geral de credores, para fins de exercício de direito de voto em assembleia geral.

#### **6.4 Habilitações retardatárias**

Os credores deverão apresentar suas habilitações de crédito no prazo de 15 dias, contado da publicação do edital previsto no art. 52, § 1º (recuperação judicial) ou no art. 99, parágrafo único (falência), para as habilitações de crédito. Entretanto, este prazo não é decadencial, uma vez que os credores poderão habilitar seus créditos intempestivamente, por meio das chamadas habilitações retardatárias.

Importante verificar que as habilitações retardatárias terão tratamento diverso conforme o momento em que forem apresentadas. Isto porque, caso sejam apresentadas antes da homologação do quadro-geral de credores, serão recebidas como impugnação à relação de credores e processadas de acordo com os arts. 13 a 15 da Lei de Falências e Recuperações; e, se apresentadas após a homologação do quadro-geral de credores, serão processadas consoante o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil, sendo o pedido não mais para a inclusão no quadro-geral de credores, e sim para a retificação deste.

#### **6.5 Consequências negativas da habilitação retardatária**

O legislador, para desmotivar o uso de habilitações retardatárias, atribuiu algumas consequências negativas para a habilitação extemporânea:

- a) Na recuperação judicial, os titulares de créditos retardatários, excetuados os titulares de créditos derivados da relação de trabalho, não terão direito a voto nas deliberações da assembleia geral de credores, sendo que na falência a habilitação retardatária sofrerá o mesmo tratamento, salvo se, na data da realização da assembleia geral, já houver sido homologado o quadro-geral de credores contendo o crédito retardatário.
- b) Na falência, os créditos retardatários perderão o direito a rateios eventualmente realizados e ficarão sujeitos ao pagamento de custas. Porém, estes poderão requerer a reserva de valor para a satisfação de seu crédito. Neste caso, se porventura ocorrer rateio durante o processamento da habilitação, o valor de seu crédito ficará reservado, e será pago ao credor, após a retificação do quadro-geral de credores com a inclusão do seu crédito.

## ***Síntese da matéria***

Em suma, os procedimentos de verificação e habilitação de créditos na recuperação de empresas e na falência são comuns. A verificação de créditos será realizada pelo administrador judicial, tomando por base as escriturações do devedor e os documentos apresentados pelos credores. Confeccionada a relação inicial de credores ao processo, ocorrerá a publicação de tal relação na imprensa oficial, abrindo-se o prazo de 15 dias para que os credores verifiquem seus nomes na lista e, na falta de seu nome, requeiram sua habilitação ou apresentem, se for o caso, suas impugnações.

O administrador judicial, nos próximos 45 dias, fará publicar novo edital contendo a nova relação de credores. A contar dessa publicação, os credores, o devedor, seus sócios ou o representante do Ministério Público têm prazo de 10 dias para apresentar impugnações aos créditos apresentados, quanto à classificação ou à falta de legitimidade, por exemplo.

O papel do *parquet* no procedimento verificatório ultrapassa o sentido de defesa do interesse individual, consistindo antes, sua intervenção, na consequência lógica ao pleno exercício de sua função de *custos legis*, não sendo razoável admitir sua legitimidade para impugnar (art. 8º), mas não para se manifestar acerca das impugnações oferecidas pelos demais legitimados.

### **6.6 Questões para fixação da matéria**

**Em processo falimentar, o crédito fiscal tem preferência ou igualdade ao crédito trabalhista no quadro-geral de credores?**

**Resposta possível:** Primeiramente, deveremos separar os créditos estritamente trabalhistas daqueles devidos em função de indenizações provenientes de acidentes do trabalho.

Em relação aos créditos oriundos de indenizações por acidentes de trabalho, estes possuem prioridade em relação ao crédito fiscal na classificação do quadro-geral de credores, qualquer que seja seu valor.

Os créditos estritamente trabalhistas têm preferência ao crédito fiscal até o montante máximo de 150 salários mínimos por credor (art. 83, I, da Lei n. 11.101/2005). Os valores que superarem tal limite serão

considerados como créditos quirografários (art. 83, VI, *c*, da Lei n. 11.101/2005), sendo pagos, portanto, após a satisfação dos credores tributários. Na mesma situação estarão os créditos trabalhistas cedidos a terceiros (art. 83, § 4º, da Lei n. 11.101/2005).

Duas situações ainda devem ser consideradas: 1) os casos de contribuições previdenciárias descontadas pelo empregador, mas não repassadas à Previdência Social; 2) as multas tributárias. No primeiro caso, as contribuições podem ser objeto de pedido de restituição (art. 51 da Lei n. 8.212/91), razão pela qual será necessária sua separação da massa falida, mesmo que anteriormente ao pagamento dos créditos trabalhistas. Em relação à segunda hipótese, as multas são consideradas crédito quirografário.

#### **Qual o recurso utilizado para a sentença que decreta a falência?**

**Resposta:** Tal decisão é interlocutória, então o recurso é o Agravo; já para a sentença de improcedência o recurso é o de Apelação, pois a decisão é definitiva.

#### **Qual é a ordem de classificação dos créditos na falência?**

**Resposta:** Conforme o art. 83 da Lei n. 11.101/2005, “A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:

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

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

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

IV – créditos com privilégio especial, a saber:

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

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

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

V – créditos com privilégio geral, a saber:

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

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

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

VI – créditos quirografários, a saber:

a) aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo;

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

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

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

VIII – créditos subordinados, a saber:

a) os assim previstos em lei ou em contrato;

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

### **A ordem de classificação de créditos pode sofrer alteração na recuperação de empresas?**

**Resposta:** Sim. A classificação dos créditos na recuperação pode sofrer alteração desde que haja concordância da assembleia de credores.

### **6.7 10 dicas rápidas sobre teoria geral das falências e recuperações**

1) A Lei n. 11.101/2005 cuida das Falências, Recuperações de Empresas nos formatos Judicial, Extrajudicial e Especial.

2) A legislação de Falências e Recuperações traz a recuperação de empresas como o seu objetivo.

3) A legislação separa uma parte da matéria que é aplicável tanto para

**falências** como para **recuperações**.

4) A competência se firma pelo **principal estabelecimento**, que é o local onde está o maior volume de negócios do devedor.

5) O juízo **universal** é indivisível e **em regra** reúne as ações em que o devedor é réu.

6) As exceções ao **juízo universal** são: reclamações trabalhistas, execuções fiscais, demandas ilíquidas e ações em que o devedor é autor...

7) A Lei de Falências incide **em regra** aos **empresários** e **sociedades empresárias**.

8) O devedor que poderá ter a falência decretada e, portanto, legitimidade passiva para falir, possui legitimidade ativa para recuperação.

9) As empresas públicas, sociedades de economia mista, sociedades simples e cooperativas não podem falir.

10) Os órgãos falenciais são: **administrador judicial**, **assembleia de credores** e **comitê de credores**.



#### 1. Conceito e características

Na lei revogada, o devedor que tinha incapacidade econômico-financeira de pagar seus credores possuía como alternativa os benefícios da concordata preventiva ou suspensiva, que, muitas vezes, não eram adequadas e suficientes a promover a superação da crise econômica enfrentada pelo empresário ou sociedade empresária, pois, além de determinar limites de valores mínimos e prazos de pagamentos, somente incidiam sobre os créditos quirografários anteriores à impetração da concordata.

Desnecessário dizer que o contexto econômico, empresarial e social atual reclamava mecanismos capazes de dar maior flexibilização de satisfação dos créditos ao devedor que se encontrasse com dificuldade de honrar seus pagamentos, sem, contudo, comprometer o prosseguimento da atividade empresarial.

Como forma de suprir a necessidade do empresário ou da sociedade empresária, com sérios problemas financeiros, de negociar livremente o pagamento dos seus créditos com seus credores, o legislador introduziu no direito brasileiro a recuperação judicial.

O art. 47 da Lei de Falências e Recuperações assenta que a finalidade da recuperação judicial 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, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Tendo em vista a reorganização da empresa, bem como a preservação de sua atividade com a reestruturação de seu passivo, este novo instituto confere ao devedor o benefício de apresentar um plano de pagamento, discutido com os credores.

Definidos estes contornos, podemos conceituar a recuperação judicial como uma permissão legal que concede ao devedor empresário ou sociedade empresária a possibilidade de negociar diretamente com todos os seus credores ou tão somente com parte destes, de acordo com suas reais possibilidades, ampliando o seu universo de medidas eficazes e suficientes à satisfação dos créditos negociados, mantendo os direitos dos credores não incluídos no plano, garantindo o controle do Poder Judiciário e dos credores por instrumentos próprios, com a finalidade precípua de recuperar e preservar a empresa viável com a reorganização de seu passivo.

## **2. Fases do processo de recuperação judicial**

### **2.1 Noções introdutórias**

A recuperação judicial se desenvolve em 3 (três) fases. A primeira é a fase de postulação, inaugurada com a distribuição da petição inicial, encerrando-se com o despacho judicial que deferir o processamento da recuperação judicial. A segunda é a fase de processamento e deliberação, com início no despacho judicial de processamento, e término com a decisão concessiva da recuperação judicial. Por último, a fase de execução, que vai desde a decisão de concessão do benefício até a sentença de encerramento do processo.

### **2.2 Fase de postulação**

#### **2.2.1 Legitimidade ativa**

A Lei de Falências e Recuperações é aplicável basicamente aos empresários e às sociedades empresárias, excluídas em absoluto as sociedades simples, pois não empresárias; as empresas públicas e sociedades de economia mista; as cooperativas de crédito; consórcios; entidades de previdência privada e outras entidades legalmente equiparadas. Tal como na recuperação, a legitimidade ativa para postular a

recuperação judicial é concedida somente à sociedade empresária ou empresário individual (ou, em caso de sua morte, pelo seu cônjuge sobrevivente, herdeiros ou inventariante). Isto fica claro quando consideramos nada mais justo e coerente que tão somente aqueles que correm risco de sofrer a decretação da falência poderão recorrer à “oxigenação” propiciada pelos benefícios da recuperação judicial.

Atentamos ao fato de que as companhias aéreas, que estavam anteriormente impedidas, pelo Código Aeronáutico, de impetrar a concordata, agora, com a nova lei, poderão ser beneficiadas com a recuperação judicial ou extrajudicial. E, mais, na recuperação judicial e na falência, em nenhuma hipótese, ficará suspenso o exercício de direitos derivados de contrato de arrendamento mercantil de aeronaves ou de suas partes.

Prosseguindo, devemos deixar bem claro que a recuperação judicial somente pode ser requerida pelo devedor, e nunca pelo credor. Neste sentido, ainda que os credores celebrem em conjunto um plano de reorganização e recuperação da empresa, e o empresário ou sociedade empresária, mesmo em estado de insolvência, recuse-se a cumpri-lo, não restará alternativa aos credores senão o pedido de falência.

### *2.2.2 Requisitos subjetivos para a recuperação judicial*

É insuficiente, para o pedido de recuperação judicial, que o requerente seja apenas empresário ou sociedade empresária em crise; é necessário ainda que o devedor, no momento do pedido, preencha 4 (quatro) requisitos cumulativamente:

- a) esteja exercendo regularmente suas atividades há mais de 2 anos;
- b) não ter sido decretada sua falência, e, se o foi, estejam as suas obrigações declaradas extintas, por sentença transitada em julgado;
- c) não ter sido beneficiado pela recuperação judicial nos últimos 5 anos anteriores ao pedido ou nos últimos 8 anos, se recuperação judicial com base no plano especial para microempresa ou empresa de pequeno porte;
- d) não ter sido condenado ou não ter como administrador ou sócio controlador pessoa condenada por quaisquer dos crimes falimentares (art. 48 da Lei de Falências e Recuperações).

### 2.2.3 Excluídos do polo ativo

A recuperação judicial não se aplica a:

- a) empresa pública;
- b) sociedade de economia mista;
- c) instituição financeira pública ou privada;
- d) cooperativa de crédito;
- e) consórcio;
- f) entidade de previdência;
- g) sociedade operadora de plano de assistência à saúde;
- h) sociedade seguradora;
- i) sociedade de capitalização;
- j) outras entidades equiparadas às anteriores; e
- k) sociedades simples.

### 2.2.4 Créditos sujeitos à recuperação judicial

Todos os créditos existentes na data do pedido estarão sujeitos aos efeitos da recuperação judicial, ainda que não vencidos, inclusive os créditos trabalhistas.

Porém, além dos créditos mencionados no art. 5º da Lei de Falências e Recuperações: credores por obrigações a título gratuito e credores de despesas individualmente feitas para ingresso na massa falida subjetiva, salvo custas em litígio com esta, também **não estão sujeitos** à recuperação judicial:

- a) os créditos tributários e previdenciários;
- b) os créditos posteriores ao pedido de recuperação judicial;
- c) os créditos de proprietário fiduciário;
- d) os créditos de arrendamento mercantil (*leasing*);
- e) vendedor ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretroatividade, inclusive incorporações imobiliárias;
- f) proprietário em contrato de venda com reserva de domínio;

g) titulares de ACC (Adiantamento de Contrato de Câmbio).

Embora os créditos da União, Estados, Municípios e INSS não estejam sujeitos ao benefício legal, é permitido o parcelamento das dívidas tributárias (art. 6º, § 7º, da Lei de Falências e Recuperações, c/c art. 155-A, § 3º, do Código Tributário Nacional; cf. Lei Complementar n. 118/2005).

Os créditos constituídos posteriormente à impetração do requerimento da recuperação judicial também estão excluídos dos efeitos desta, e, por conseguinte, não serão renegociados no plano de recuperação judicial. A justificativa é lógica: se os credores soubessem, com antecedência, que seus créditos posteriores prontamente sofreriam qualquer tipo de alteração ou novação, certamente, recusar-se-iam a concedê-lo, e sem crédito torna-se praticamente impossível a superação da crise econômica.

A título de incentivar ainda mais a concessão de crédito, bem como impulsionar a manutenção do fornecimento, propiciando a preservação dos meios produtivos, a Lei de Falências e Recuperações (art. 67), além de excluir os créditos posteriores ao ajuizamento do pedido de recuperação judicial, considera estes créditos posteriores, 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, como créditos extraconcursais, em caso de decretação da falência, que, como tais, serão pagos, com precedência, sobre todos os demais créditos mencionados no art. 83.

Como se não bastasse, para assegurar condições favoráveis à manutenção do fornecimento à empresa em crise, os créditos quirografários sujeitos (anteriores ao pedido) à recuperação judicial pertencentes a fornecedores de bens ou serviços que continuarem a provê-los regularmente após o pedido do benefício, terão privilégio geral de recebimento, em caso de decretação da falência, no limite do valor do fornecimento do período da recuperação.

Decretada a falência do devedor, haverá prestígio para os créditos de mútuo e fornecimento decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial.

O parágrafo anterior vem elucidar que tais credores receberão seus créditos antes mesmo dos credores trabalhistas. Os créditos derivados de obrigações contraídas antes do pedido de recuperação judicial

concorrerão com os de privilégio geral.

Por outro lado, como dito alhures, estão excluídos dos efeitos do benefício os créditos de: proprietário fiduciário; arrendador mercantil (*leasing*); vendedor ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretroatividade, inclusive incorporações imobiliárias; proprietário em contrato de venda com reserva de domínio; titulares de ACC (Adiantamento de Contrato de Câmbio). O principal fundamento para esta exclusão reside na criação de condições favoráveis à redução de juros.

O credor de ação que demandar quantia ilíquida, bem como o credor de ação de natureza trabalhista, poderá requerer, no juízo em que tramita a demanda, a reserva da importância que estimar devida, e, uma vez reconhecido líquido o direito, será o crédito incluído na classe própria.

### ***2.2.5 Petição inicial de recuperação judicial***

O pedido de recuperação judicial deverá estar acompanhado de certos documentos, cuja ausência poderá acarretar o indeferimento de seu processamento, de sorte que são, portanto, indispensáveis à instrução da petição inicial: a) a exposição de causas; b) as demonstrações contábeis (podendo ser simplificadas, na hipótese de o devedor ser microempresa ou empresa de pequeno porte); c) o relatório da situação econômica; a relação dos credores; d) a relação dos empregados; e) a certidão de regularidade da Junta Comercial; o contrato social ou estatuto atualizado e atas de nomeação dos atuais administradores; f) a relação dos bens particulares dos sócios controladores e administradores; g) os extratos bancários do devedor; certidões de protesto; e h) a relação das ações judiciais em andamento.

### ***2.2.6 Meios de recuperação judicial***

No regime jurídico anterior (Decreto-lei n. 7.661/45), o empresário ou sociedade empresária, quando utilizavam o instituto da concordata, tinham apenas dois meios de sair da crise econômico-financeira: obtendo o perdão parcial da dívida e/ou a prorrogação de prazo de seu pagamento. Atualmente, com a finalidade de ampliar e flexibilizar o âmbito de renegociação dos créditos, bem como provocar uma participação mais ativa dos credores no processo de reerguimento e

superação da empresa, a Lei de Falências e Recuperações introduziu no Ordenamento Jurídico Pátrio diversos meios de recuperação da empresa. Convém salientar que o rol dos meios enumerados pelo legislador é absolutamente exemplificativo, podendo o devedor adotar outra modalidade de satisfação do crédito, e, também, nada impede que possa empregar a combinação de dois ou mais meios legais previstos em lei, se viáveis e compatíveis.

São meios legais de recuperação judicial:

a) *Concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas* – esta modalidade é a mais parecida com a concordata preventiva, pois permite ao devedor requerer a remissão parcial da dívida e a dilação dos prazos de pagamento, sem a rigorosidade de prazos anteriormente exigida.

b) *Cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de quotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios* para melhor compreensão destas modalidades, abordaremos brevemente a seguir cada instituto:



*Na cisão* – uma sociedade se subdivide total ou parcialmente, sendo que parcela de seu patrimônio é vertida para outra ou outras sociedades preconstituídas ou constituídas para este fim. As sociedades em favor das quais foi direcionado o patrimônio tornam-se responsáveis pelas obrigações da sociedade cindida.



*Na incorporação* – uma sociedade chamada incorporadora absorve uma ou mais sociedades, denominadas incorporadas. Nesta hipótese, as sociedades incorporadas se extinguem, e somente a sociedade incorporadora é que permanece, na qualidade de sucessora universal de todos os direitos e obrigações das incorporadas.



*A fusão* determina a extinção das sociedades que se unem, para formar uma sociedade nova, que a elas sucederá nos direitos e deveres.



*Transformação* – é a operação na qual uma sociedade modifica o seu tipo societário, independentemente de dissolução ou liquidação, para outro (p. ex., uma sociedade Ltda. que se

transforma em S/A).

Estas espécies se incluem no gênero reorganização societária; observando-se que a fusão e a incorporação são institutos de concentração empresarial, próprios para aumento patrimonial, ampliação de monopólio e consequente diminuição da concorrência. A transformação altera os atos constitutivos da sociedade, modificando o coeficiente de responsabilidade de seus sócios.



A *subsidiária integral*, por seu turno, é uma sociedade anônima que tem como único acionista uma sociedade brasileira. Segundo Fábio Ulhoa Coelho, “a constituição de subsidiária integral serve à segregação de patrimônio, medida útil à preservação das atividades rentáveis, com vistas não só à administração apartada em relação às demais exploradas pela mesma sociedade empresária, como também a obtenção de recursos em razão da futura alienação dos ativos e passivos especificamente relacionados a ela” (2005, p. 135).



Já a *cessão de quotas* é o ato de ceder (alienação) a titularidade da participação societária de uma pessoa para outra. De acordo com doutrina majoritária, cuida-se de transferência de quotas ou ações de titularidade da sociedade em crise, contabilizadas em seu ativo. Às vezes, o ingresso de credores no quadro social da sociedade pode trazer maior credibilidade junto aos fornecedores e, assim, promover condições apropriadas à superação econômico-financeira.

c) *Alteração do controle societário* – é a operação pela qual o sócio ou acionista aliena suas quotas ou ações a terceiro, tornando o adquirente detentor da maioria de quotas ou ações com direito a voto.

d) *Substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos* – é fato que, na maioria das vezes, a crise da empresa é reflexo de sua má administração. Pensando nisto, a nova lei concede ao plano a possibilidade de determinar a substituição dos atuais administradores por outros mais especializados, com capacidade e experiência necessárias para a superação da empresa. Poderão também ser criados ou retirados cargos na diretoria e no conselho de administração da empresa, medida que poderá ocasionar

interessante contenção de despesas.

e) *Concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar* – ao eleger administradores de sua confiança, os credores poderão ter o controle externo da empresa; adquirindo liberdade de exercer fiscalização da gestão e maior ingerência nos negócios realizados pelo devedor. O poder de veto traduz-se na possibilidade de os credores intervirem no exercício do poder de controle.

f) *Aumento de capital social* – implica no aumento de reservas com a injeção de dinheiro novo. Tal acréscimo no capital pode se dar pela entrada de novo sócio ou acionista, ou pela própria contribuição dos sócios já existentes. É uma ótima maneira de soerguer a atividade empresarial.

g) *Trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados* – trespasse é a denominação para o contrato de alienação de estabelecimento empresarial, acarretando a transferência de sua titularidade a outrem.

h) *Redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva* – o plano de recuperação poderá conter a alteração dos contratos de trabalho, como forma de negociação do passivo trabalhista (diminuição de jornada de trabalho, redução salarial etc.). No entanto – a lei é bem clara –, estas modificações somente serão admitidas se realizadas mediante acordo coletivo ou convenção coletiva.

i) *Dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro* – o credor poderá concordar em receber prestação diversa da que lhe é devida. Se o contrato estabelecido com o devedor determinava o pagamento em dinheiro, o credor, se consentir, poderá receber bens da empresa em recuperação como forma de pagamento. A novação, por sua vez, implica na substituição da dívida ou do devedor, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro.

j) *Constituição de sociedade de credores* – outro meio admitido é a criação de uma sociedade de credores do devedor, que dará continuidade aos negócios da empresa em crise.

k) *Venda parcial dos bens* – a sociedade devedora poderá obter recursos

com a alienação de apenas parte de seu patrimônio, desde que não seja indispensável ao desenvolvimento de suas atividades.

l) *Equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural* – cuida-se de controle de distorção dos encargos financeiros, reduzindo-os e uniformizando-os em uma medida proporcional e satisfatória a atender aos anseios do devedor sem causar prejuízo aos credores.

m) *Usufruto da empresa* – com o usufruto, o credor receberá, aos poucos, com os frutos decorrentes da exploração do estabelecimento empresarial do devedor em recuperação, permanecendo a propriedade deste com o empresário ou sociedade empresária.

n) *Administração compartilhada* – trata-se de redistribuição de competência administrativa; pode se dar com o ingresso de representantes dos credores na administração do devedor ou até mesmo com parcerias empresariais.

o) *Emissão de valores mobiliários* – modalidade restrita ao devedor constituído na forma de sociedade por ações (S/A). A captação de recursos deriva da emissão de valores mobiliários (debêntures, *commercial paper*, bônus de subscrição).

p) *Constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor* – basicamente, nada mais é do que uma dação em pagamento. Entretanto, ao invés de ser destinada diretamente ao credor, é direcionada a uma sociedade de credores criada única e exclusivamente para a adjudicação dos bens, chamada de Sociedade de Propósito Específico (SPE).

### **3. Fase de processamento e deliberação**

#### **3.1 Despacho de processamento**

O juiz, ao constatar que a petição inicial está devidamente instruída, deferirá o processamento da recuperação judicial. Convém explicar que o despacho de processamento não tem o condão de conceder o benefício da recuperação judicial, até porque o plano de recuperação

nem foi apresentado ainda, vez que seu momento de apresentação é posterior ao despacho de processamento.

O mencionado despacho, simplesmente, dá início ao procedimento de verificação da viabilidade da preservação da empresa e do seu plano de recuperação, com a eventual aprovação, alteração ou rejeição e consequente falência.

No despacho de processamento, o magistrado deverá:

- a) nomear o administrador judicial;
- b) determinar a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios (lembrando que, em todos os atos, contratos e documentos firmados, o devedor deverá acrescentar, após o nome empresarial, a expressão “em recuperação judicial”);
- c) suspender todas as ações ou execuções contra o devedor (ressalvadas as ações que demandarem quantia ilíquida; as ações de natureza trabalhista; execuções fiscais, caso não realizado o parcelamento na forma da legislação específica a ser editada conforme o art. 155-A, §§ 3º e 4º, do Código Tributário Nacional; execuções cujo objeto sejam créditos que não se submetem à recuperação judicial, já examinados no item 2.2.4 deste capítulo, tais como os de proprietário fiduciário, arrendador mercantil etc., que prosseguirão no juízo de origem;
- d) ordenar ao devedor a apresentação mensal de contas demonstrativas;
- e) intimar o Ministério Público e comunicar por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento.

Questão importante é a que concerne à suspensão das ações e execuções movidas contra o devedor. A suspensão, que deverá ser comunicada aos juízos competentes pelo devedor, não excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias, contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso deste período, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial.

Os titulares dos créditos elencados no § 3º do art. 49 da Lei de Falências e Recuperações, como é o caso do proprietário fiduciário e do

titular de crédito de arrendamento mercantil, são afastados da recuperação para que, a partir disso, o recuperando negocie diretamente com ele, não incidindo os juros propiciados pelo fator recuperação de empresas, que são decorrentes dos riscos que a crise proporciona.

Após o deferimento do processamento do benefício, o juiz deverá também determinar a expedição de edital para a publicação no órgão oficial, contendo:

- a) resumo do pedido do devedor;
- b) resumo da decisão que defere o processamento;
- c) relação de credores (apresentada pelo devedor);
- d) advertência acerca dos prazos de 15 dias para habilitação dos créditos ou suas divergências e de 30 dias, contados da publicação da relação de credores, para objeção do plano de recuperação.

### **3.2 Efeitos do despacho de processamento**

O art. 52, ao elencar os requisitos do despacho de processamento da recuperação judicial, traz por consequências os seus principais efeitos:

- a) nomeação do administrador judicial;
- b) como regra geral, sua publicação constitui início do prazo de apresentação em juízo do plano de recuperação judicial pelo devedor, sob pena de convalidação em falência;
- c) início do prazo de suspensão das ações e execuções contra o devedor;
- d) implica a possibilidade de os credores pleitearem a convocação de assembleia geral para a constituição do comitê de credores ou substituição de seus membros;
- e) impossibilidade de o devedor desistir do plano de recuperação judicial, salvo se obtiver a aprovação da desistência na assembleia geral de credores;
- f) **sua publicação no edital constitui início do prazo de habilitação de credores.**

### **Síntese da matéria**

Após a análise do preenchimento dos requisitos dos arts. 48 e 51 da lei em estudo, o juiz deverá, ao exarar seu despacho deferitório, se for o

caso, além de deferir o processamento da recuperação, nomear o administrador judicial, ordenando, também, a suspensão temporária de todas as ações e execuções pelo prazo improrrogável de 180 dias. Determinará ao devedor a apresentação de contas demonstrativas mensais enquanto perdurar a recuperação judicial e ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento.

Deferido o processamento da recuperação, o empresário ou a sociedade empresária não poderá mais desistir desta, salvo se obtiver aprovação de sua desistência na assembleia geral de credores. O empresário ou a sociedade deverá apresentar o plano de recuperação no prazo improrrogável de 60 dias da publicação da decisão que deferir o processamento de recuperação judicial, sob pena de convalidação em falência, que deverá conter a discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a serem empregados para superar a crise; a demonstração de sua viabilidade econômica; e laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor.

O juiz ordenará a publicação de edital contendo aviso aos credores sobre o recebimento do plano de recuperação e fixando o prazo para a manifestação de eventuais objeções.

Em havendo apresentação de objeção por parte de algum credor, o juiz deverá convocar a assembleia geral de credores para que esta delibere sobre o plano de recuperação, aprovando-o, rejeitando-o ou modificando-o. A realização da assembleia não poderá exceder 150 dias contados do deferimento do processamento da recuperação judicial. Caso o plano seja aprovado, para que o empresário possa executá-lo, é necessária, ainda, a apresentação de certidões negativas de débitos tributários. Se tais certidões não forem apresentadas, o juiz indeferirá, desde logo, o pedido de recuperação.

Na hipótese de o plano de recuperação de empresa não ter sido aprovado, o juiz decretará a falência do empresário.

O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obtivera aprovação na assembleia geral de credores, desde que, na mesma assembleia, tenha o plano obtido, de forma cumulativa:

- 1) o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de

classes;

2) a aprovação de duas das classes de credores pelo quórum qualificado já estudado ou, caso haja somente duas classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos uma delas; e

3) na classe que houver rejeitado o plano, o voto favorável de mais de 1/3 dos credores, computados de acordo com as regras já estudadas no tópico referente ao “quórum de deliberação”.

Da decisão que concede a recuperação judicial cabe agravo de instrumento, o qual pode ser interposto por qualquer credor ou pelo representante do Ministério Público.

O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, salvo mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia.

### ***3.3 Apresentação do plano de recuperação judicial***

Publicada a decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, o devedor deverá apresentar, em juízo, o plano de recuperação judicial, no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias, sob pena de convalidação em falência.

O plano de recuperação judicial deverá conter:

- a) detalhamento dos meios de recuperação que serão utilizados e seu resumo;
- b) demonstração da viabilidade econômica do requerente;
- c) laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens;
- d) passivos e ativos do devedor, demonstração assinada por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.

Note-se que a lei pretende extrair do devedor informações suficientes para a análise da viabilidade da recuperação, para a verificação do interesse social na manutenção da fonte produtiva, para a constatação da capacidade virtual de reerguimento, bem como sua exequibilidade.

Portanto, o plano deve ser consistente, relatar um projeto econômico, financeiro e contábil, repleto de traços evidentes de organização, gestão e controle bem sistematizados e planejados, inclusive

com dados cronológicos precisos e índices de liquidez.

### ***3.4 Limitações ao plano de recuperação judicial***

Relevante expor que o art. 54 da Lei de Falências e Recuperações impõe 2 (duas) limitações ao plano de recuperação judicial. Pela primeira, o plano não poderá prever prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos trabalhistas ou de acidentes de trabalho vencidos até a data do pedido da recuperação judicial. Pela segunda, o plano não poderá prever prazo superior a 30 (trinta) dias para o pagamento, até o limite de 5 (cinco) salários mínimos por trabalhador, dos créditos de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores ao pedido de recuperação judicial.

### ***3.5 Da aprovação ou rejeição do plano***

Após a apresentação, no prazo legal, o juiz ordenará a publicação de edital contendo aviso aos credores sobre o recebimento do plano.

Em seguida, os credores poderão manifestar ao juízo sua objeção ao plano de recuperação no prazo de 30 (trinta) dias.

O prazo de 30 (trinta) dias referido no parágrafo anterior é contado da publicação da relação de credores a que se refere o art. 7º, § 2º, e não da publicação do edital. Logo, se na data da publicação desta relação de credores ainda não tiver sido publicado o edital contendo o aviso, o prazo de 30 (trinta) dias deixará de ser contado da data da publicação da relação de credores e passará a ser contado da data de publicação do edital de aviso, conforme art. 55, parágrafo único, da Lei de Falências e Recuperações.

O juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor; afinal, se nenhum devedor apresentou objeção, significa que todos os credores concordaram com o plano apresentado.

De outro lado, havendo qualquer objeção ao plano, o magistrado, ao invés de julgá-la, deverá convocar a assembleia geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação, conclave este que deverá ser realizado no prazo máximo de 150 (cento e cinquenta) dias contados do deferimento do processamento da recuperação judicial.

Levado à votação na assembleia geral, o plano poderá ser

aprovado, se observado o quórum qualificado, na sua forma original ou com alterações, ou então será rejeitado.

Aprovado o plano pela assembleia de credores, o juiz ordenará a apresentação da certidão negativa de débitos fiscais, concedendo a recuperação judicial.

A assembleia geral de credores poderá promover modificações ao plano, que terão a sua eficácia vinculada à concordância do devedor.

A rejeição do plano pela assembleia geral acarretará a decretação da falência do devedor.

Todavia, antes da referida decretação da falência, o juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação pelo quórum qualificado, desde que preenchidos, de forma cumulativa, 4 (quatro) requisitos:

- a) o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classes;
- b) a aprovação de 2 (duas) das três classes de credores ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas;
- c) na classe que rejeitou o plano, a adesão a este tem que ser superior a 1/3 (um terço) dos credores;
- d) o plano não poderá estabelecer tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

Trata-se de uma das grandes inovações da lei, encontrada no art. 58, que a doutrina denominou *cram down*, isto é, a possibilidade de o juiz impor aos credores discordantes a aceitação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor, que, apesar de não ter sido aprovado pelo quórum qualificado, foi aprovado pela maioria dos credores. O renomado Prof. Ricardo Negrão, acertadamente, tem chamado esta decisão de aprovação assemblear-judicial.

É correto afirmar que o *cram down* é uma faculdade, é ato discricionário do juiz, que, além de verificar a presença cumulativa dos 4 (quatro) requisitos, deverá levar em conta a viabilidade da recuperação e, consoante expressão utilizada por Jorge Lobo, “evitar o abuso da minoria” de credores (2007, p. 155).

Assim, em síntese, com apoio nas lições de Ricardo Negrão, podemos afirmar que o plano de recuperação judicial será concedido em qualquer das 3 (três) hipóteses abaixo:

- a) decurso do prazo de 30 dias sem objeção ao plano (aprovação tácita);
- b) aprovação da assembleia geral de credores pelo quórum qualificado (aprovação assemblear);
- c) concessão pelo juiz na forma do art. 58 (*cram down*) (aprovação assemblear-judicial).

Por derradeiro, se o plano foi rejeitado e não foram preenchidos os requisitos do *cram down*, ou, ainda que presentes os requisitos do art. 58, se o magistrado entender que não é viável a recuperação, deverá decretar a falência do devedor.

### **3.6 Decisão concessiva da recuperação judicial**

#### **3.6.1 Natureza jurídica da decisão concessiva da recuperação judicial**

Na linha doutrinária de Jorge Lobo, entendemos que a sentença concessiva da recuperação judicial é de natureza constitutiva, pois novará os créditos anteriores ao pedido inicial (art. 59) e constituirá título executivo (art. 59, § 1º) (2007, p. 154).

Contra a decisão que conceder a recuperação judicial caberá agravo, sem efeito suspensivo, que poderá ser interposto por qualquer credor ou pelo Ministério Público.

#### **3.7 Efeitos da sentença concessiva da recuperação judicial**

Efetivamente, com a sentença de concessão da recuperação judicial, podemos vislumbrar a produção dos seguintes efeitos:

- a) suspensão do curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares de sócio solidário, no prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias;
- b) indisponibilidade de bens do ativo permanente, salvo se a alienação ou oneração for prevista no plano ou, se útil, autorizada pelo administrador e pelo comitê, se este existir;
- c) retirada de ônus extrajudicial ou judicial e exclusão da sucessão

fiscal, previdenciária, acidentária e trabalhista em caso de alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor;

d) novação dos créditos anteriores ao pedido;

e) obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos;

f) constituição da decisão judicial em título executivo judicial.

Quanto à alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, a Lei de Falências e Recuperações inovou de forma fantástica, pois o arrematante recebe o bem livre e desembaraçado de qualquer ônus (penhora, hipoteca, penhor etc.), e, além disso, não haverá mais sucessão fiscal, previdenciária, acidentária e trabalhista, ou seja, o arrematante não terá que pagar as dívidas do devedor (alienante) em recuperação judicial.

Contudo, no intento de proteger os credores, evitando possíveis fraudes, a eliminação dos ônus e da sucessão não será aplicada quando o arrematante for sócio da sociedade em recuperação ou sócio da sociedade controlada pelo devedor em recuperação judicial; ou parente, em linha reta ou colateral até o 4º (quarto) grau, consanguíneo ou afim, do devedor em recuperação judicial; ou, por fim, for identificado como agente do falido (testa de ferro), com o objetivo de fraudar a sucessão.

Importante salientar que a decisão concessiva da recuperação é um título executivo judicial e que, durante o prazo de 2 (dois) anos mencionado no art. 61, caso o devedor descumpra com qualquer obrigação assumida no plano de recuperação judicial, haverá convalidação da recuperação em falência.

### ***Direto ao ponto***

Cumpridas as obrigações vencidas no prazo da recuperação judicial, o juiz decretará por sentença o encerramento da recuperação judicial. Da sentença que denega o pedido de encerramento da recuperação judicial cabe o recurso de agravo, enquanto a sentença que encerra a recuperação enfrenta o recurso de apelação.

## **4. Fase de execução**

### ***4.1 Execução do plano de recuperação judicial***

Aprovado o plano e concedida a recuperação judicial, o devedor permanecerá pelo prazo de 2 (dois) anos sob a fiscalização direta dos credores e do juiz, até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano.

Em linhas gerais, durante a recuperação judicial, o devedor ou seus administradores são mantidos na condução da atividade empresarial. Por decorrência lógica, os seus atos serão supervisionados e acompanhados pelo administrador judicial e pelo comitê de credores, se este existir.

O afastamento do devedor ou de seus administradores somente se dará quando estiver expressamente previsto no plano de recuperação judicial, ou em outros casos, tais como ter sido condenado em sentença penal transitada em julgado por crime falimentar; ter agido com dolo, simulação ou fraude contra os credores; efetuar despesas injustificáveis, e demais atos expressamente enumerados no art. 64 da Lei de Falências e Recuperações.

Quando o afastamento não derivar do plano de recuperação, o juiz convocará a assembleia geral de credores para deliberar sobre o nome do gestor judicial que assumirá a administração das atividades do devedor.

Sobre o assunto, é certo que, após a distribuição do pedido de recuperação judicial, o devedor sofre restrições na disponibilidade de seus bens, não podendo alienar bens ou direitos de seu ativo permanente, salvo se expressamente previsto no plano de recuperação, ou se, ainda que não previsto no plano, for de patente utilidade à recuperação, reconhecida pelo juiz, depois de ouvido o comitê.

Assim, determina o legislador que o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano, no prazo de 2 (dois) anos contados da concessão da recuperação judicial, trará por consequência a convocação da recuperação em falência. Porém, passado o prazo de 2 (dois) anos, restará ao credor a cobrança de seu crédito pela via executiva ordinária ou o pedido de falência com base no art. 94, III, g, da Lei n. 11.101/2005.

De acordo com o asseverado anteriormente, no curso da recuperação, em todos os atos, contratos e documentos firmados pelo devedor, este deverá acrescentar, após o nome empresarial, a expressão “em recuperação judicial”, a fim de que todos tenham conhecimento do fato.

## **4.2 Encerramento do processo de recuperação judicial**

Depois de cumpridas todas as obrigações atinentes ao plano de recuperação e com o pagamento de todos os credores, no prazo de até 2 (dois) anos, o juiz proferirá a sentença de encerramento da recuperação judicial.

Por derradeiro, também provoca o encerramento do processo de recuperação judicial o pedido de desistência formulado pelo devedor, desde que aprovado pelos credores em assembleia geral.

### ***Síntese da matéria***

A recuperação judicial é uma ação que tem por objetivo 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 da empresa pode ser requerida pelo empresário em crise; pela sociedade empresária em crise; pelo cônjuge sobrevivente; pelos herdeiros; pelo inventariante e pelo sócio remanescente.

Para tanto, os requisitos que devem ser preenchidos pelo empresário ou sociedade empresária para a utilização da recuperação judicial de empresa para a superação da crise que afeta o desenvolvimento de sua atividade econômica são: exercer atividade regular há mais de 2 anos; não ser falido e, se o for, estiverem extintas suas responsabilidades; não ter, há menos de cinco anos, obtido concessão de recuperação judicial. No entanto, sendo o devedor microempresário ou empresário de pequeno porte, o prazo é ampliado para 8 anos; e não ter sido condenado, assim como seu administrador ou sócio controlador, por crime falimentar.

Todos os créditos constituídos até o momento do pedido de recuperação judicial, ainda não vencidos ou ilíquidos, estarão sujeitos aos efeitos da recuperação judicial. Podemos constatar que estão excluídos desses efeitos, portanto, os créditos formados após o pedido de recuperação. O art. 49, § 3º, da Lei de Falências e Recuperações traz uma gama de créditos que também não estarão sujeitos aos efeitos da recuperação judicial. É o caso, por exemplo, de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio.

O art. 50 da referida lei prevê os meios pelos quais o empresário poderá restaurar a normalidade de sua atividade econômica; contudo, o rol apresentado na lei é apenas exemplificativo, podendo, por meio de outras possibilidades, recuperar sua empresa. São meios de recuperação judicial, por exemplo, a alteração do controle societário, o aumento de capital social e o trespasse ou arrendamento de estabelecimento empresarial.

## **5. Recuperação judicial especial**

### ***5.1 Microempresa e empresa de pequeno porte – plano especial***

Para as microempresas e empresas de pequeno porte, a nova lei assegurou a possibilidade de apresentação de plano especial de recuperação judicial.

Os conceitos de microempresa e de empresa de pequeno porte estão definidos no art. 3º, I e II, da Lei Complementar n. 123/2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte). Assim, considera-se microempresa o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, que tiver receita bruta anual igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e empresa de pequeno porte, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, que tiver receita bruta anual superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

O procedimento é simplificado, e não passa de um favor legal, pois, em consonância com o art. 72 da Lei de Falências e Recuperações, se atendidas as exigências legais, a recuperação será concedida pelo juiz, dispensando-se a realização da assembleia geral de credores.

O procedimento será o mesmo da recuperação judicial comum, iniciando-se com uma petição inicial; terá o despacho de processamento, publicação de edital e, logo após, prazo de 60 (sessenta) dias para a apresentação do plano; abertura de prazo de 15 (quinze) dias para habilitações dos credores quirografários, para ao final ter uma decisão concessiva, nos mesmos moldes da recuperação judicial comum.

A única diferença reside no fato de que, na recuperação judicial especial, ao contrário do que ocorre na recuperação judicial comum, havendo objeção de qualquer credor ao plano especial, o juiz não

convocará a assembleia geral de credores, e concederá a recuperação especial se o devedor atender as exigências da lei, trazendo celeridade e economia processual.

A situação acima tratada tem de ser vista com cautela, pois, embora na recuperação judicial seja possível reverter tais objeções, na recuperação judicial especial o fato de mais da metade dos credores apresentarem objeções acarretará a improcedência da recuperação judicial e a consequente decretação de falência.

### **5.2 Créditos sujeitos ao plano de recuperação especial**

O plano especial é muito parecido com a concordata, pois, além de ser um favor legal, conforme acima apontado, envolverá única e exclusivamente os créditos quirografários existentes na data de distribuição do pedido.

### **5.3 Créditos excluídos da recuperação especial**

As exclusões seguem as mesmas regras da recuperação judicial comum, quais sejam:

- a) proprietário fiduciário;
- b) arrendador mercantil (*leasing*);
- c) vendedor ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive incorporações imobiliárias;
- d) proprietário em contrato de venda com reserva de domínio;
- e) titulares de ACC (Adiantamento de Contrato de Câmbio);
- f) decorrentes de repasse de recursos oficiais (art. 71, I);
- g) bem como os créditos quirografários constituídos após a data da distribuição do pedido.

### **5.4 Do plano especial**

Neste tipo de recuperação, o devedor não possui a mesma flexibilidade de negociação que encontra na recuperação judicial comum. Aqui, o plano está “pré-pronto” e tem como única forma de pagamento o

tão conhecido parcelamento, cabendo ao devedor, única e exclusivamente, optar pelo número de parcelas, que poderá chegar em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais, iguais e sucessivas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de 12% a.a. (doze por cento ao ano), sendo que a primeira parcela deverá ser paga no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias da data da distribuição do pedido de recuperação judicial.

### ***5.5 Efeitos da sentença concessiva da recuperação judicial especial***

O pedido de recuperação judicial especial somente provoca a suspensão do curso da prescrição das ações e execuções relacionadas a créditos quirografários incluídos no plano especial, e em nenhuma hipótese acarreta a suspensão do curso da prescrição das ações e execuções por créditos não abrangidos pelo plano, tais como trabalhistas e fiscais.

Observação: O devedor que pretender aumentar despesas ou contratar empregados precisará de autorização judicial, após a manifestação do administrador judicial e do comitê de credores.

Merece destaque a hipótese de mais da metade dos créditos quirografários apresentarem objeções ao plano especial, pois, caso isto ocorra, o juiz deverá julgar a recuperação judicial improcedente e decretar a falência do devedor.

O art. 48, inciso III, é no sentido do prazo de 8 anos para a nova recuperação, muito extenso para que uma empresa suporte uma crise econômico-financeira.

Neste ponto, atendendo ao preceito constitucional do art. 179 da Constituição Federal, a microempresa ou a empresa de pequeno porte deveriam ter um tratamento jurídico diferenciado, principalmente àquelas que já se beneficiaram com uma recuperação judicial especial, demonstrando, com isto, que estão buscando soluções para superação da crise instalada. Logo, caso seja necessário pleitear uma recuperação judicial comum, elas deveriam ter em seu favor um prazo inferior a 8 anos, sob pena de a recuperação judicial especial tornar-se um instituto em desuso.

Portanto, entendemos que o art. 48, III, da Lei de Falências e Recuperações é inconstitucional, visto que, além de violar o princípio da preservação da empresa e sua função social, não assegura tratamento

diferenciado e favorável à microempresa e à empresa de pequeno porte, ferindo frontalmente o art. 179 da Constituição Federal.

### ***Síntese da matéria***

A Lei Complementar n. 123/2006 determina que será considerada microempresa aquela que atingir, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais). Considera, ainda, empresa de pequeno porte o empresário ou a pessoa jurídica que aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

O plano de recuperação judicial de microempresas e empresas de pequeno porte será limitado às seguintes condições:

- 1) abrangerá exclusivamente os créditos quirografários, ressalvados os créditos que não se submetem à recuperação judicial, já mencionados em nosso estudo;
- 2) preverá parcelamento em até 36 parcelas mensais, iguais e sucessivas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de 12% ao ano;
- 3) preverá o pagamento da primeira parcela no prazo máximo de 180 dias, contado da distribuição do pedido de recuperação judicial; e
- 4) estabelecerá a necessidade de autorização do juiz, após ouvidos o administrador judicial e o comitê de credores, para que o devedor aumente despesas ou contrate empregados.

O juiz poderá autorizar a recuperação especial sem a convocação de assembleia geral.

## **6. Convolação em falência**

Em conformidade com o art. 73 da Lei de Falências e Recuperações, dá-se a convolação da recuperação judicial em falência em 4 (quatro) hipóteses:

- a) por deliberação dos credores, em plenário da assembleia geral, pelo voto de mais da metade do valor total dos créditos dos presentes, quando entenderem que não há mais razão para o prosseguimento da recuperação judicial;

- b) pela não apresentação, pelo devedor, do plano de recuperação dentro do prazo de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial;
- c) quando da rejeição do plano pela assembleia geral de credores, convocada pelo juiz em decorrência de objeção recebida;
- d) por descumprimento, pelo devedor, de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação judicial.

Os efeitos da convalidação da recuperação judicial dos credores anteriores à impetração são diferentes em relação aos credores posteriores. Isto porque os direitos e garantias dos credores anteriores voltarão ao estado anterior, ou seja, serão restabelecidas as condições originalmente contratadas antes da aprovação do plano. Os credores posteriores à impetração serão reclassificados. Os quirografários serão tratados como credores de privilégio geral, enquanto os credores com garantia real, com privilégio especial, subordinados etc. serão tratados como credores extraconcursais.

Pela redação do art. 73, IV, da Lei de Falências e Recuperações, é caso de convalidação em falência o descumprimento de obrigação assumida no plano de recuperação na forma do art. 61, § 1º.

Neste aspecto, alertamos que o art. 61, § 1º, está inserido no capítulo da recuperação judicial comum e, portanto, refere-se exclusivamente ao descumprimento ocorrido no plano de recuperação judicial comum. Diante destas observações, podemos invocar a seguinte indagação: o descumprimento de obrigação assumida no plano de recuperação judicial especial (microempresa e empresa de pequeno porte) resultará na convalidação em falência?

Perfilhamos da mesma opinião de Manoel Justino Bezerra Filho, e entendemos que a resposta é negativa. Para o renomado autor, como não há previsão legal de decreto de falência se o devedor descumprir obrigação assumida no plano de recuperação especial, “Sintomaticamente não há previsão legal para o decreto de falência em caso de descumprimento de obrigação assumida no plano de recuperação judicial especial, e considerando que a falência atinge de forma tão drástica”.



### Recuperação Extrajudicial

#### 1. Conceituação da matéria

É um moderno instituto introduzido no direito concursal brasileiro pela Lei de Falências e Recuperações, que propicia condições favoráveis à renegociação de acordos com grupos de credores selecionados pelo devedor.

Aliás, em que pese ser amplamente praticado no mercado, o decreto-lei, além de não prever este instituto, determinava no art. 2º, II, que esta iniciativa do devedor de convocação de credores, para discussão de possibilidades de pagamento dos créditos de forma mais flexível, com o objetivo de evitar a quebra da empresa, a denominada “concordata branca”, configurava ato de falência e, assim, poderia ensejar um pedido de falência contra o devedor. Isto significa dizer que muitas vezes o devedor “bem intencionado”, ao invés de solucionar seus problemas com dilação de prazos ou remissão da dívida, estaria provocando a possibilidade de sofrer um pedido de falência com a decretação de sua quebra.

A principal novidade da recuperação extrajudicial é a homologação judicial do acordo privado realizado entre o devedor e um grupo de credores.

Considerando que nada impede o devedor de celebrar outros tipos de acordos privados com credores, é de suma importância demonstrar a relevância desta homologação judicial para entendermos este novo instituto. Assim, além de a sentença homologatória constituir título executivo judicial, há uma modalidade de recuperação extrajudicial, chamada pela doutrina de obrigatória, compulsória ou impositiva, na qual a

homologação judicial obriga a todos os credores de determinada espécie ou grupo de credores a cumprir o plano, mesmo quando uma parte minoritária tenha discordado.

Esta compulsoriedade decorrente da homologação judicial, indubitavelmente, poderá sinalizar a adoção de novos rumos para a renegociação entre devedor e coletividade de credores.

## **2. Legitimidade ativa**

A recuperação extrajudicial deverá ser requerida pelo empresário ou sociedade empresária. Mas também poderá ser pleiteada pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente.

## **3. Requisitos subjetivos da recuperação extrajudicial**

Os requisitos subjetivos para a propositura do plano de recuperação extrajudicial são os mesmos da recuperação judicial, isto é, não basta que o requerente seja empresário ou sociedade empresária em crise; é indispensável que o devedor, no momento do pedido, preencha 4 (quatro) requisitos cumulativamente:

- a) esteja exercendo regularmente suas atividades há mais de 2 anos;
- b) não ter sido decretada sua falência, e, se o foi, estejam as suas obrigações declaradas extintas, por sentença transitada em julgado;
- c) não ter sido beneficiado pela recuperação judicial nos últimos 5 anos anteriores ao pedido ou nos últimos 8 anos, se recuperação judicial com base no plano especial para microempresa ou empresa de pequeno porte;
- d) não ter sido condenado ou não ter como administrador ou sócio controlador pessoa condenada por quaisquer dos crimes falimentares (art. 48 da Lei de Falências e Recuperações).

Demais disso, o devedor não poderá requerer a homologação de plano extrajudicial, se estiver pendente pedido de recuperação judicial ou se houver obtido recuperação judicial ou homologação de outro plano de recuperação extrajudicial há menos de 2 (dois) anos (art. 161, § 3º).

## **4. Excluídos do polo ativo**

A recuperação extrajudicial não se aplica a:

- a) empresa pública;
- b) sociedade de economia mista;
- c) instituição financeira pública ou privada;
- d) cooperativa de crédito;
- e) consórcio;
- f) entidade de previdência;
- g) sociedade operadora de plano de assistência à saúde;
- h) sociedade seguradora;
- i) sociedade de capitalização;
- j) outras entidades equiparadas às anteriores.

#### **5. Créditos sujeitos à recuperação extrajudicial**

O plano de recuperação extrajudicial poderá abranger a totalidade de uma ou mais das 5 (cinco) espécies de créditos:

- a) com garantia real;
- b) com privilégio especial;
- c) privilégio geral;
- d) quirografários; e
- e) subordinados.

#### **6. Créditos excluídos da recuperação extrajudicial**

Realçamos que estão absolutamente excluídos da recuperação extrajudicial:

- a) créditos tributários (art. 161, § 1º);
- b) créditos trabalhistas e acidentários (art. 161, § 1º);
- c) créditos decorrentes de propriedade fiduciária de bens móveis ou imóveis, arrendador mercantil, venda ou promessa de venda de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive incorporações imobiliárias, ou de propriedade em contrato de venda com reserva de domínio, bem como os titulares de

ACC (Adiantamento de Contrato de Câmbio) (art. 161, § 1º);

d) créditos constituídos após a data do pedido de homologação (art. 163, § 1º).

## **7. Petição inicial de recuperação extrajudicial**

A petição inicial deverá conter a justificativa para o pedido de recuperação extrajudicial e o documento que contenha seus termos e condições, com a assinatura dos credores que a ela aderiram.

Ademais, para obter a homologação obrigatória, compulsória ou impositiva (modalidade que será examinada a seguir), a petição inicial deverá também estar acompanhada dos seguintes documentos: a) exposição da situação patrimonial do devedor; b) demonstrativos contábeis; c) a relação nominal dos credores, a classe dos credores e d) poderes dos subscritores para novar ou transigir.

## **8. Desistência**

Uma vez realizada a distribuição do pedido da recuperação extrajudicial, o credor não poderá desistir da adesão ao plano, salvo se conseguir a autorização dos demais signatários.

## **9. Limitações ao plano de recuperação extrajudicial**

Por força do art. 161, § 2º, o plano não poderá contemplar o pagamento antecipado de dívidas nem tratamento desfavorável aos credores que a ele não estão sujeitos, ainda que seja possível determinar a alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas, conforme art. 166 da Lei n. 11.101/2005.

## **10. Homologação facultativa**

A nova legislação falimentar determina duas modalidades diversas de homologação para o plano de recuperação extrajudicial. A primeira, denominada por Fábio Ulhoa Coelho *facultativa*, é tratada no art. 162 da Lei de Falências e Recuperações, e implica na homologação de um acordo aderido por todos os credores sujeitos ao plano de recuperação extrajudicial.

As vantagens da homologação facultativa são: ter um título executivo judicial (sentença de homologação do plano de recuperação extrajudicial) e viabilizar a alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor.

Determina a lei que, recebida a petição inicial, o juiz designará a publicação de edital para que os credores apresentem suas objeções. Na recuperação extrajudicial, o prazo de impugnação é de 30 (trinta) dias, contado da publicação do edital.

Sendo apresentada impugnação, será concedido prazo de 5 (cinco) dias para eventual manifestação do devedor.

Após o decurso do prazo de manifestação do devedor, os autos serão conclusos imediatamente ao juiz, que, no prazo de 5 (cinco) dias, deverá apreciar eventuais impugnações e decidir pela homologação do plano de recuperação extrajudicial ou pelo seu indeferimento. Caso a homologação seja denegada, o devedor poderá, a qualquer tempo, cumpridas as formalidades, apresentar novo pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial. De igual modo ao que ocorre na recuperação judicial, com a rejeição do plano, devolve-se aos credores que o assinaram o direito de exigir seus créditos nas condições originais.

## **11. Homologação obrigatória, compulsória ou impositiva**

Quando a maioria dos credores concorda com o plano de recuperação extrajudicial, mas há uma minoria de credores que discorda e se nega a sofrer as consequências do plano, o devedor poderá também requerer a homologação do plano, o que obrigará a todos os credores por ele abrangidos. Deste modo, as condições previstas no plano são impostas aos credores que não o assinaram e que discordaram expressamente do planejamento de superação da empresa em crise. Neste sentido, embora tenham rejeitado o plano, estarão compulsoriamente sujeitos aos seus efeitos.

Para tanto, o plano extrajudicial deverá ser assinado por credores que representem mais de 3/5 (três quintos) de todos os créditos de cada espécie por ele envolvidos.

Reiterando que somente 5 (cinco) espécies de credores poderão ser incluídas na recuperação extrajudicial: a) com garantia real; b) com

privilégio especial; c) privilégio geral; d) quirografários; e e) subordinados), exemplifiquemos: se o plano abranger os credores com garantia real e quirografários, para a homologação, é obrigatória a sua aprovação por mais de 3/5 dos credores com garantia real e mais de 3/5 dos credores quirografários. Se, porventura, os credores quirografários o aprovarem com pouco menos de 3/5 dos credores quirografários, o plano não poderá obter a homologação obrigatória, compulsória ou impositiva, nos termos do art. 163 da Lei de Falências e Recuperações.

## **12. Da decisão judicial de homologação da recuperação extrajudicial**

A sentença de homologação judicial constitui um título executivo judicial, porém não suspende direitos, ações ou execuções, e não impede o pedido de decretação da falência pelos credores não sujeitos ao plano de recuperação extrajudicial.

Da sentença que defere ou denega o pedido de recuperação extrajudicial, cabe o recurso de apelação sem efeito suspensivo, conforme a redação do art. 164, § 7º.

### ***Síntese da matéria***

Em suma, o devedor que preencher os requisitos previstos na Lei de Falências e Recuperações para a recuperação judicial poderá se valer da prerrogativa de não necessitar recorrer ao Judiciário para negociar um plano de recuperação com seus credores. A esse procedimento, dá-se o nome de recuperação extrajudicial.

O devedor não poderá requerer a homologação de plano extrajudicial se estiver pendente pedido de recuperação judicial ou se tiver obtido recuperação em qualquer de suas modalidades há menos de 2 (dois) anos. O pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial não acarretará a suspensão de direitos, ações ou execuções, nem a impossibilidade do pedido de decretação de falência pelos credores não sujeitos ao plano de recuperação extrajudicial.

O procedimento poderá requerer a homologação em juízo do plano de recuperação extrajudicial, juntando sua justificativa e o documento que contenha seus termos e condições com as assinaturas dos credores que a ele aderiram ou, no caso de plano que obrigue a todos os credores, com as assinaturas de credores que representem mais de 3/5 de

todos os créditos de cada espécie por ele abrangidos.

Recebido o pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial, o juiz ordenará a publicação de edital no órgão oficial e em jornal de grande circulação nacional ou das localidades da sede e das filiais do devedor, convocando todos os credores do devedor para apresentação de suas impugnações ao plano de recuperação extrajudicial.

Os credores terão prazo de 30 (trinta) dias, contado da publicação do edital, para impugnamem o plano, juntando a prova de seu crédito. Sendo apresentada impugnação, será aberto prazo de 5 (cinco) dias para que o devedor sobre ela se manifeste. Após, os autos serão conclusos imediatamente ao juiz para apreciação de eventuais impugnações, decidindo, no prazo de 5 (cinco) dias, acerca do plano de recuperação extrajudicial, homologando-o por sentença, se entender que não implica prática de atos que visem a lesar seus credores e que não há outras irregularidades que recomendem sua rejeição. Da sentença cabe apelação sem efeito suspensivo.

O plano de recuperação extrajudicial produz efeitos após sua homologação judicial; contudo, é ilícito que o plano estabeleça a produção de efeitos anteriores à homologação, desde que exclusivamente em relação à modificação do valor ou da forma de pagamento dos credores signatários. Na hipótese de não homologação do plano, o devedor poderá, cumpridas as formalidades, apresentar novo pedido de homologação de plano de recuperação extrajudicial. A sentença de homologação do plano de recuperação extrajudicial constituirá título executivo judicial, nos termos do art. 475-N do Código de Processo Civil.

A recuperação extrajudicial não altera minimamente os direitos de algumas categorias de credores. São sujeitos que não podem renegociar os créditos que detêm perante empresário ou sociedade empresária por meio do expediente da recuperação extrajudicial.

Não serão atingidos pelo plano de recuperação extrajudicial os credores trabalhistas, os credores tributários e os credores titulares de posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóveis cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, e de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio de crédito decorrente de adiantamento de contrato de câmbio para

exportação.

### **13. 10 dicas rápidas sobre recuperação de empresas**

- 1) A Recuperação de Empresas é Ação Judicial e deve ser proposta por Empresários e Sociedades Empresárias.
- 2) O Empresário e a Sociedade Empresária para o Direito de Recuperação Judicial deve comprovar regularidade há 2 anos.
- 3) Além da Recuperação Judicial, temos a Extrajudicial e a Especial (Microempresas e Empresas de Pequeno Porte).
- 4) Os requisitos básicos da Recuperação Judicial se dão para o despacho deferitório do processamento da recuperação.
- 5) Não confundir despacho deferitório da recuperação com a decisão que concede a recuperação.
- 6) Após o despacho deferitório do processamento da recuperação, há prazo de 60 dias para juntada do plano recuperacional.
- 7) A classificação dos créditos na recuperação pode sofrer alteração desde que haja concordância da Assembleia de Credores.
- 8) Após a concessão da Recuperação de Empresas, o mesmo benefício não poderá ser concedido nos próximos 5 anos...
- 9) Na recuperação extrajudicial, o juízo apenas homologa o acordado pelas partes.
- 10) A Recuperação Especial engloba apenas os créditos quirográficos.



## 1. Teoria geral da falência

### 1.1 Origem etimológica

O termo “falência” deriva do verbo falir, que se origina do verbo latino *fallere*, que significa faltar com a palavra, com o prometido, enganar (*fallo, is, fefelli, falsum, fallere*).

### 1.2 Conceito de falência

Considerando que o patrimônio é a garantia dos credores, quando o empresário ou sociedade empresária se encontra em crise financeira, e seu patrimônio já não é mais suficiente para saldar as dívidas contraídas, inevitavelmente, deixará de honrar pagamentos de dívidas assumidas.

Assim, os credores com créditos já vencidos ou prestes a vencer terão maior chance de escapar da inadimplência do devedor, uma vez que os outros credores estão impedidos de cobrá-lo antes do vencimento da obrigação.

Consubstanciado no intento de evitar inconcebível injustiça, afinal, os primeiros cobradores receberiam a integralidade de seus créditos, desfavorecendo os demais credores que muito pouco ou talvez nada receberiam, o instituto da falência foi criado para assegurar a igualdade de oportunidades aos credores de um empresário ou sociedade empresária insolvente e insuscetível de recuperação judicial.

A igualdade de condição aos credores é representada pelo princípio denominado *par conditio creditorum*. Por este princípio,

excetuadas as preferências impostas por lei, todos os credores, de forma igualitária, concorrem à distribuição proporcional do ativo do devedor, decorrente da venda judicial dos bens verificados e arrecadados, configurando um processo de execução coletiva ou concursal.

Portanto, emprestando o conceito do Prof. Ricardo Negrão, podemos concluir que: “Falência é um processo de execução coletiva, no qual todo o patrimônio de um empresário declarado falido – pessoa física ou jurídica é arrecadado, visando pagamento da universalidade de seus credores, de forma completa ou proporcional. É um processo judicial complexo que compreende a arrecadação dos bens, sua administração e conservação, bem como a verificação e o acertamento dos créditos, para posterior liquidação dos bens e rateio entre os credores. Compreende também a punição de atos criminosos praticados pelo devedor falido” (2011, v. 3, p. 21).

### **1.3 Finalidade da falência**

De acordo com o art. 75 da Lei de Falências e Recuperações, “A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa”.

### **1.4 Pressupostos da falência**

No direito brasileiro, no aspecto estritamente jurídico, a existência da falência está condicionada à presença cumulativa de 3 (três) pressupostos:

- a) a condição de empresário ou sociedade empresária;
- b) estado de insolvência; e
- c) a declaração judicial da falência.

#### **1.4.1 Empresário e legitimidade**

A Lei de Falências e Recuperações é aplicável basicamente aos empresários e às sociedades empresárias, excluídas em absoluto as sociedades simples, pois não empresárias; as empresas públicas e sociedades de economia mista; as cooperativas de crédito; consórcios;

entidades de previdência privada e outras entidades legalmente equiparadas.

A legitimidade passiva para postular a falência é concedida somente à sociedade empresária ou ao empresário individual (ou, em caso de sua morte, pelo seu cônjuge sobrevivente, herdeiros ou inventariante). Isto fica claro quando consideramos a recuperação judicial e, no caso, a legitimidade ativa, pois nada mais justo e coerente que tão somente aqueles que correm risco de sofrer a decretação da falência possam recorrer à “oxigenação” propiciada pelos benefícios da recuperação judicial.

As instituições financeiras, sociedades operadoras de planos de saúde, sociedades seguradoras e de capitalização estão relativamente excluídas, pois, embora tenham previsão de processo de liquidação na forma extrajudicial, há previsão de possibilidade de falência nas leis especiais que as regem.

#### *1.4.2 Insolvência*

A crise empresarial decorrente de situação de insolvência pode ser econômica, financeira ou patrimonial; porém, o que nos interessa são os efeitos dessa crise e os seus reflexos no mundo jurídico. A Lei n. 11.101/2005 rege a empresa em crise e oferece para uma primeira classificação três institutos com tratativas diversas, sejam a recuperação judicial de empresas, a recuperação extrajudicial e a falência.

Insolvência é a condição de quem não pode saldar suas dívidas. Diz-se do devedor que possui um passivo sensivelmente maior que o ativo. Por outras palavras, significa que a pessoa (física ou jurídica) deve em proporção maior do que pode pagar, isto é, tem compromissos superiores aos seus rendimentos ou ao seu patrimônio, conforme Amador Paes de Almeida.

O questionamento que se faz em seguida é sobre qual instituto utilizar e em qual momento. A resposta vem da análise de viabilidade da empresa que perfaz a capacidade de oferecimento de alguma resposta positiva para a sua salvação.

Caso a empresa tenha condições de respirar, a solução é um dos institutos da recuperação de empresas; já na inviabilidade, a falência é o único caminho a seguir.

Fábio Ulhoa Coelho ensina que a insolvência não deve ser considerada na sua acepção econômica, ou seja, “para que o empresário ou sociedade empresária se submeta à execução concursal, é rigorosamente indiferente a prova da inferioridade do ativo em relação ao passivo. Não é necessário ao requerente da quebra demonstrar o estado patrimonial de insolvência do requerido, para que se instaure a execução concursal falimentar, nem, por outro lado, se livra da execução concursal a sociedade empresária que lograr demonstrar eventual superioridade do ativo em relação ao passivo” (2005, p. 254). A insolvência exigida para a caracterização do estado falimentar é a jurídica. Na Lei de Falências e Recuperações, encontramos 2 (dois) tipos de insolvência jurídica: a insolvência presumida e a insolvência confessada.

A insolvência presumida decorre:

- ◆ da impontualidade injustificada;
- ◆ da execução frustrada;
- ◆ dos atos de falência.

A insolvência confessada decorre:

- ◆ da autofalência.

### ***Impontualidade injustificada***

Conforme estabelece o art. 94, I, da Lei de Falências e Recuperações, será decretada a falência do devedor que, sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários mínimos na data do pedido de falência.

O não pagamento deve estar correlacionado a uma ou mais obrigações líquidas, ou seja, certas quanto à existência e determinação de seus objetos, aqui entendidas aquelas representadas pelos títulos executivos judiciais ou extrajudiciais, como aqueles expressamente previstos nos arts. 584 e 585 do Código de Processo Civil.

Indispensável que a impontualidade seja injustificada, isto é, não haja por parte do devedor um justo motivo ou relevante razão de direito para a alegada inadimplência. Neste sentido, o art. 96 da Lei de Falências e Recuperações indica alguns motivos que configuram uma justa causa para

a ausência de pagamento, tais como a falsidade do título, a nulidade da obrigação e a prescrição do título, que deverão ser arguidos na oportunidade da contestação e que inviabilizam a decretação da falência.

Ademais, a impontualidade deve ser provada por meio do protesto do título, que servirá para constituir o devedor em mora. Todo título estará sujeito a protesto, inclusive a sentença judicial, que é um título executivo judicial.

Entretanto, necessário registrar que não se trata do protesto comum, mas, sim, do protesto especial para fins falimentares (art. 94, § 3º). Este protesto é medida necessária porque, além de constituir o devedor em mora, a intimação pelo cartório levará ao conhecimento do devedor que há a intenção de ingressar-se em juízo com o pedido de falência, concedendo-lhe, portanto, uma oportunidade para regularizar esta situação.

Elementar consignar que a duplicata é um título executivo extrajudicial muito utilizado e que vem constantemente sendo um dos títulos que mais fundamentam um pedido de falência. Sobre o assunto, devemos invocar a Súmula 248 do STJ, que define que “Comprovada a prestação dos serviços, a duplicata não aceita, mas protestada, é título hábil para instruir pedido de falência”.

Comporta realce a novidade trazida pela Lei de Falências e Recuperações no tocante ao valor mínimo do título ou dos títulos, que deverá ser superior a 40 (quarenta) salários mínimos na data do pedido da falência. Tal requisito tem por finalidade evitar a provocação do Judiciário para satisfação de valores insignificantes e impedir que o processo de falência sofra desvirtuamento, tornando-se mais uma forma de coibição e cobrança do que propriamente um processo revestido e fundamentado na instalação do *pars conditio creditorum*.

Por fim, da leitura do art. 94, § 1º, da Lei de Falências e Recuperações, verificamos que os credores poderão reunir-se em litisconsórcio para perfazerem o teto mínimo acima mencionado.

### ***Execução frustrada***

O art. 94, II, da Lei de Falências e Recuperações reza que será decretada a falência do devedor que, sendo “executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal”.

Nesta hipótese, presume-se que é insolvente o devedor, pois não tem condições e patrimônio suficientes para saldar a obrigação exigida, frustrando, por conseguinte, a execução singular movida contra ele. Entende-se que, caso contrário, ainda que não reunisse o dinheiro necessário para pagar a dívida, poderia lançar mão de um dos seus bens e nomeá-lo à penhora. Porém, se nem isto fez, tudo indica que esteja em crise econômico-financeira e, portanto, em situação de risco para os credores.

Conclui-se que nesta hipótese não há necessidade de o crédito ser superior a 40 (quarenta) salários mínimos, pois o legislador permite o pedido de falência por qualquer quantia líquida.

### ***Atos de falência***

O inciso III do art. 94 trata dos atos ruinosos, dos fatos e comportamentos que pressupõem a insolvência do empresário ou da sociedade empresária. O objetivo do legislador é constituir a falência como meio assecuratório dos direitos dos credores, evitando a dissipação do patrimônio do devedor em razão de atos ruinosos ou de má gestão.

Os atos e fatos ensejadores da falência são:

- a) *Liquidação precipitada/utilização de meios ruinosos ou fraudulentos para realizar pagamentos* – quando o empresário, de forma repentina, promove a venda de seus bens por qualquer preço, ou desvia os recursos obtidos, reduzindo sua capacidade patrimonial e conseqüentemente diminuindo a garantia de recebimento dos credores. Os meios ruinosos são traduzidos na prática de negócios arriscados ou de azar, bem como empréstimos a juros elevadíssimos e extorsivos. Os meios fraudulentos consistem nos artificios e expedientes utilizados pelo devedor para conseguir dinheiro ou matéria-prima. Podemos citar como exemplo de meio fraudulento a emissão de duplicatas simuladas no mercado.
- b) *Negócios simulados* – quando o devedor realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não. Trata-se da transferência aparente de bens ou do patrimônio para outrem, furtando-se da garantia aos credores.
- c) *Alienação irregular de estabelecimento empresarial* – quando o

empresário ou sociedade empresária realiza o trespasse a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para pagá-los, está incorrendo em um ato de falência.

d) *Simulação de transferência do principal estabelecimento empresarial* – há transferências de estabelecimento empresarial que são efetuadas para melhor desempenho (incentivos fiscais, mão de obra qualificada, aproximação com fornecedores etc.). Outras, porém, têm como único objetivo burlar a legislação ou a fiscalização ou prejudicar credores. Nestes casos, a transferência será considerada simulada, pois, além de não atender a nenhum motivo de gestão empresarial, e, portanto, estar desprovida de justificativa plausível, a mudança tem o propósito de fraudar, configurando ato de falência.

e) *Dar ou reforçar garantia real* – quando o devedor dá ou reforça garantia a credor, por dívida contraída anteriormente, sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo, também pratica um ato de falência. Este dispositivo visa a impedir que o devedor, quando da renegociação de sua dívida com determinado credor, dê como garantia bens que constituem a garantia dos demais credores, privilégio que afronta o princípio do *pars conditio creditorum*.

f) *Ausência, abandono e ocultação do estabelecimento empresarial* – o devedor, quando se afastar de seus negócios, deverá deixar um representante habilitado e com poderes para representá-lo. Ademais, não basta deixar representante para a condução dos negócios; é indispensável que o abasteça com recursos suficientes para pagamento dos credores.

g) *Descumprimento do plano de recuperação judicial* – o empresário que obtém o benefício da recuperação judicial deverá cumprir à risca o plano. O descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano, dentro do prazo de 2 (dois) anos contados da concessão, provocará a convalidação da recuperação judicial em falência. Agora, o descumprimento ocorrido após o referido prazo será considerado ato de falência (art. 94, III, g, c/c art. 73, IV).

### **Autofalência**

A insolvência deve, todavia, ser confessada pelo devedor sempre

que o empresário estiver em crise econômico-financeira e impossibilitado de atender às condições legais para obtenção da recuperação judicial (art. 105). Cumpre salientar que somente será admitida a autofalência quando o devedor julgar não atender aos requisitos da recuperação judicial, em fiel observância ao princípio da preservação da empresa.

#### *1.4.3 Desnecessidade de pluralidade de credores*

Parte da doutrina (Carvalho de Mendonça, Waldemar Ferreira e outros) entende que a pluralidade de credores é o quarto pressuposto necessário para a decretação da falência. Esta posição defende a impossibilidade de execução coletiva de um só credor.

Sobre a questão suscitada, devemos ressaltar que, na Lei de Falências e Recuperações, assim como na legislação revogada, não há nenhum dispositivo normativo que exija a pluralidade de credores para a decretação da falência, tampouco que determine a extinção do processo falimentar, caso não seja verificada. Mais que isso, de acordo com Waldo Fazio Júnior, “Não seria aceitável destituir o credor único das potentes medidas de controle da conduta do devedor, consistentes na possibilidade, sem necessidade de comprovar fraude, de revogar os atos que este tenha praticado a dano da massa e, até, levá-lo a responder penalmente por eventuais delitos que têm na sentença declaratória de falência sua condição objetiva de punibilidade” (2006, p. 198). Prosseguindo, o renomado autor destaca que “é preciso ter em vista que a falência é, primordialmente, matéria de inegável interesse público. Não é, repita-se, simples meio de cobrança. Visa à proteção do crédito público, objetiva atender ao interesse coletivo em não permitir que empresários insolventes fiquem imunes ao controle dos credores e coloquem em risco o equilíbrio do mercado. Ou deverá ser desprezado eventual crime falimentar só porque existe uma única vítima do devedor que o perpetrou?” (2006, p. 198).



#### 1. Noções introdutórias

Processo por meio do qual o devedor empresário é afastado de suas atividades com vistas a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa. Por intermédio da falência, dá-se o encerramento da atividade econômica desenvolvida pela empresa em crise financeira, de forma a minimizar os prejuízos de seus empregados e credores.

Trata-se de um regime jurídico de execução concursal que coloca os credores em condição de paridade, ainda que apenas um dos credores tenha fundamentado o pedido na ação que decretou a falência do devedor.

O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido. Dessa forma, todas essas ações irão convergir, após a instauração da execução consensual do devedor, para o juízo falimentar. Em virtude dessa característica, diz-se que o juízo da falência é universal.

O instituto da falência não se restringe aos domínios do Direito Comercial; penetra nos do Direito Público, do Direito Civil, do Direito Internacional Público e Privado, do Direito Criminal, do Direito Judiciário, em cada um dos quais vai buscar regras, preceitos e ensinamentos, tendo, muitas vezes, de modificá-los a fim de adaptá-los ao grande meio de execução coletiva que trata de organizar. Inspira-se, ainda, na ciência econômica, cujos fenômenos não lhe devem ser estranhos, na ciência financeira e na estatística, em que verifica a prova do resultado do seu

funcionamento. Apreciada economicamente, a falência interessa não somente à economia individual como à pública, pois incontestavelmente perturba o crédito público, produz a dispersão de capitais, trazendo dano para a economia geral.

O sistema jurídico universal prevê cinco exceções ao princípio da universalidade do juízo falimentar, quando tais ações não serão atraídas para o juízo no qual estiver transitando a falência. A seguir: ações não reguladas pela lei falimentar em que a massa falida for autora ou litisconsorte ativa; reclamações trabalhistas; execuções tributárias; ações de conhecimento em que é parte ou interessada a União Federal; e as ações que demandem obrigação ilíquida. Tais ações terão prosseguimento com o administrador judicial.

O processo de falência possui 3 (três) fases distintas:

- ◆ *Fase pré-falimentar* – iniciando-se com o pedido de falência e findando com a sentença declaratória.
- ◆ *Fase falimentar* – que se inaugura com sentença declaratória e se encerra com a sentença de encerramento.
- ◆ *Fase de reabilitação* – que começa com a sentença de extinção das obrigações do falido.

## 2. Juízo universal

### 2.1 Conceito

O juízo da falência está vinculado aos princípios da universalidade e da unidade.

A universalidade traduz-se na previsão de competência exclusiva do juiz da falência para apreciação e julgamento de todas as ações que versarem sobre os bens, interesses e negócios do falido.

Trata-se da chamada *vis attractiva* da falência, pois o processo falimentar atrai para si todas as ações envolvendo toda e qualquer demanda de interesse da massa falida.

Não obstante a universalidade, o juízo da falência, ao vincular-se ao princípio da unidade, torna-se também indivisível, ou seja, haverá um



### Prática das Ações Empresariais nas Falências e Recuperações

#### 1. Ação de autofalência

Ao requerer sua falência, o devedor deve apresentar o pedido, acompanhado dos seguintes documentos:

- 1) demonstrações contábeis referentes aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente do balanço patrimonial, das demonstrações de resultados acumulados, das demonstrações do resultado desde o último exercício social e do relatório do fluxo de caixa;
- 2) relação nominal dos credores;
- 3) relação dos bens e direitos que compõem o ativo, com a respectiva estimativa de valor e documentos comprobatórios de propriedade;
- 4) prova da condição de empresário, contrato social ou estatuto em vigor, ou, se não houver, a indicação de todos os sócios, seus endereços e a relação de seus bens pessoais;
- 5) livros obrigatórios e documentos contábeis que lhe forem exigidos por lei; e
- 6) relação de seus administradores nos últimos 5 (cinco) anos.

Não estando o pedido regularmente instruído, o juiz determinará que seja emendado; caso contrário, proferirá a sentença declaratória de falência, sem prévia oitiva do Ministério Público.

#### 2. Ação de falência requerida por terceiros

Os pressupostos para a instauração da execução concursal são os seguintes: devedor empresário, insolvência e sentença declaratória de falência.

Independentemente da situação de insolvência que já comentamos, como o déficit entre o ativo ou o patrimônio e o passivo ou as obrigações da empresa, a presunção de tal insolvência se dá de acordo com o art. 94 da Lei de Falências e Recuperações, a seguir:

#### *I – Impontualidade injustificada*

Aquele que sem relevante razão de direito não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários mínimos na data do pedido de falência.

#### *II – Execução frustrada*

Da mesma forma, será decretada a falência quando o devedor executado por qualquer quantia líquida não paga, não deposita e não nomeia bens suficientes dentro do prazo legal.

#### *III – Atos de falência*

Será decretada a falência daquele que pratica qualquer dos seguintes atos:

- a) procede a liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos;
- b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não;
- c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo;
- d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização, ou para prejudicar credor;
- e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente, sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo;
- f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos

suficientes para pagar os credores; abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento;

g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial.

Os atos que acabamos de mencionar são conhecidos como atos de falência e não acarretarão a decretação da falência se fizerem parte de plano de recuperação judicial.

Possuem legitimidade ativa para requerer a execução coletiva: o próprio devedor empresário, caso em que ocorre a autofalência; qualquer credor; o cônjuge sobrevivente; os herdeiros do devedor; o inventariante e o sócio ou acionista da sociedade.

A petição inicial para o requerimento de falência deve atender aos requisitos genéricos previstos no Código de Processo Civil e a requisitos específicos previstos na Lei de Falências e Recuperações. Para falência requerida com base na impontualidade de pagamento, o pedido deve ser instruído com título executivo cujo valor ultrapasse 40 salários mínimos e com o devido instrumento de protesto.<sup>1</sup>

Em caso de falência requerida com base em execução frustrada, o pedido deve ser instruído com a certidão expedida pelo juízo em que se processa a execução.<sup>2</sup> Já em caso de pedido de falência baseado na prática de ato de falência, o requerente deverá descrever os fatos que caracterizam o ato, juntando as provas que possui e especificando as que pretende produzir.<sup>3</sup>

O requerente poderá desistir do pedido de falência antes de ocorrer a citação do devedor.

Quando requerida a falência por terceiros, credor, sócio, cônjuge, herdeiro ou inventariante, a lei prevê a citação do empresário devedor para responder em 10 dias. Se o pedido da falência baseia-se na impontualidade injustificada ou na execução frustrada, o devedor pode elidi-lo depositando em juízo, no prazo de resposta, o valor correspondente ao total de crédito em atraso, acrescido de correção monetária, juros e honorários advocatícios. Essa é a determinação do art. 98 da Lei de Falências e Recuperações.

O devedor pode, no entanto, apenas contestar o pedido de falência, caso em que o juiz, acolhendo as razões de defesa, deverá proferir sentença denegatória de falência, condenando o requerente nas verbas de sucumbência e, eventualmente, em perdas e danos, se a falência tiver sido requerida com dolo. Caso o juiz não acolha as razões de defesa, proferirá sentença declaratória de falência.

Denomina-se elisivo o depósito realizado pelo devedor empresário com a finalidade de impedir a declaração de sua falência, de forma a demonstrar a capacidade de adimplemento do crédito exigido.

A decisão que decreta a falência da sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis também acarreta a falência destes, que ficam sujeitos aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à sociedade falida e que, por isso, deverão ser citados para apresentar contestação, se assim o desejarem. Essa disposição atingirá, da mesma forma, o sócio que tenha se retirado voluntariamente ou que tenha sido excluído da sociedade há menos de 2 (dois) anos, quanto às dívidas existentes na data do arquivamento da alteração do contrato, no caso de não terem sido solvidas até a data da decretação da falência.

É importante lembrar-se de que a prova para a insolvência advém com o protesto da obrigação descumprida. Até mesmo aqueles títulos que não estão sujeitos a protesto obrigatório deverão ser levados a cartório para sua efetivação.

### **3. Ação de habilitação de crédito**

A ação de habilitação de crédito só tem razão quando extemporânea, pois, se respeitado o prazo previsto no § 1º do art. 7º da Lei de Falências e Recuperações, teremos um mero procedimento administrativo endereçado ao administrador judicial.

Assim, judicialmente, trataremos a habilitação de crédito na forma do art. 10 da lei, que versa sobre todo o instituto falencial, que em seu § 4º traz a hipótese de o credor requerer a reserva de seu crédito que servem as duas hipóteses de habilitação judicial previstas nos parágrafos seguintes:

#### **3.1 Ação de habilitação de crédito (rito da impugnação previsto no**

## **art. 9<sup>a</sup> da Lei n. 11.101/2005)**

Na hipótese do § 5º do art. 10 da lei, temos procedimento muito próximo ao da ação de impugnação de crédito: “As habilitações de crédito retardatárias, se apresentadas antes da homologação do quadro-geral de credores, serão recebidas como impugnação e processadas na forma dos arts. 13 a 15 desta Lei”.

### **3.2 Ação de habilitação de crédito após a homologação do quadro-geral de credores (rito ordinário do Código de Processo Civil)**

O § 6º do mesmo art. 10 dispõe: “Após a homologação do quadro-geral de credores, aqueles que não habilitaram seu crédito poderão, observado, no que couber, o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil, requerer ao juízo da falência ou da recuperação judicial a retificação do quadro-geral para inclusão do novo crédito”.

## **4. Ação de impugnação de crédito**

A previsão é a do art. 8º da Lei de Falências e Recuperações e visa a questionar a existência, o valor ou a classificação de um crédito inserido na relação de credores administrativamente elaborada pelo administrador judicial. Objetiva, portanto, a retificação de valor ou classificação incorretamente determinados.

O dispositivo citado determina que “o Comitê, qualquer credor, o devedor ou seus sócios ou o Ministério Público podem apresentar ao juiz impugnação contra a relação de credores, apontando a ausência de qualquer crédito ou manifestando-se contra a legitimidade, importância ou classificação de crédito relacionado”.

Vale dizer que a ação de impugnação de crédito guarda semelhanças com a ação de habilitação de crédito, inclusive no que tange ao rito, quando nos referimos ao credor como legitimado, no que entendemos, portanto, que o autor poderá ajuizar tal ação na forma retardatária, como pensa a maior parte dos doutrinadores que tratam do assunto. Quanto aos demais legitimados, estes se submeterão ao prazo de 10 (dez) dias explicitado no *caput* do art. 8º da Lei de Falências e Recuperações.

## **5. Ação revisional de crédito**

O art. 19 da Lei de Falências e Recuperações legitima: “O administrador judicial, o Comitê, qualquer credor ou o representante do Ministério Público poderá, até o encerramento da recuperação judicial ou da falência, observado, no que couber, o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil, pedir a exclusão, outra classificação ou a retificação de qualquer crédito, nos casos de descoberta de falsidade, dolo, simulação, fraude, erro essencial ou, ainda, documentos ignorados na época do julgamento do crédito ou da inclusão no quadro-geral de credores”.

Esta ação será proposta, a princípio, no juízo universal; porém, em se tratando de créditos decorrentes de demandas ilíquidas, execuções fiscais ou causas trabalhistas que estejam tramitando perante os seus respectivos juízos, respeitar-se-ão os juízos de origem.

Em qualquer hipótese, o procedimento será o ordinário previsto no Código de Processo Civil.

## **6. Ação revocatória**

A ação revocatória é utilizada pela massa para reaver bens do falido transferidos a terceiros. A ação revocatória deverá ser proposta pelo administrador judicial, por qualquer credor ou pelo Ministério Público no prazo de 3 (três) anos contado da decretação da falência. A ação revocatória correrá perante o juízo da falência e obedecerá ao procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil.

A ação revocatória pode ser promovida:

- 1) contra todos os que figuraram no ato ou que por efeito dele foram pagos, garantidos ou beneficiados;
- 2) contra os terceiros adquirentes, se tiveram conhecimento, ao se criar o direito, da intenção do devedor de prejudicar os credores; e
- 3) contra os herdeiros ou legatários das pessoas que acabamos de mencionar.

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

O juiz poderá, a requerimento do autor da ação revocatória, ordenar, como medida preventiva, na forma da lei processual civil, o sequestro dos bens retirados do patrimônio do devedor que estejam em poder de terceiros. O ato pode ser declarado ineficaz ou revogado, ainda que praticado com base em decisão judicial.

O sistema da lei brasileira é, sem dúvida, o melhor, pois, tolhendo o arbítrio do magistrado, fixa-lhe regras claras e práticas, que procuram conciliar o princípio da igualdade dos credores com a defesa do crédito e com a segurança dos negócios. Nesse sistema, distinguem-se, nitidamente, a doutrina dos atos inexistentes (art. 55 da Lei n. 2.024, de 1908) e a dos atos revogáveis por fraude de ambos os contratantes (art. 56 da mesma lei). Na primeira, o legislador construiu um instituto especial, com características próprias, e que não tem relação alguma com as regras de Direito Civil, sobre a nulidade, ou anulação dos atos. Na segunda, modelou-se pelas regras de Direito Civil, concernentes à fraude contra credores, e adaptou uma verdadeira ação pauliana, fundada na intenção de prejudicar (*consilium fraudis*), acompanhada do prejuízo efetivo (*eventus damni*).

Da sentença que julga a ação revocatória cabe apelação.

## **7. Ação restitutória e embargos de terceiro**

Cabe ao administrador judicial a arrecadação dos bens do falido em favor da massa. Ao efetuar essa arrecadação, pode haver bens ou direitos protegidos por direito real ou decorrente de contrato. Nesse caso, aqueles que tiveram seus bens ou direitos arrecadados indevidamente podem ajuizar pedido de restituição ou embargos de terceiro, desde que legítimo proprietário.

O pedido de restituição deverá ser fundamentado e descreverá a coisa reclamada. O juiz tomará os seguintes procedimentos: é possível pedido de restituição atuando em separado o requerimento com os documentos que o instruírem e determinará a intimação do falido, do comitê, dos credores e do administrador judicial para que, no prazo sucessivo de 5 (cinco) dias, manifestem-se, valendo como contestação a manifestação contrária à restituição. A sentença que reconhecer o direito do requerente determinará a entrega da coisa no prazo de 48 (quarenta e oito) horas. A sentença que negar a restituição, quando for o caso, incluirá o requerente no quadro-geral de credores, na classificação que lhe couber,

prevista na Lei de Falências e Recuperações. Da sentença que julgar o pedido de restituição caberá apelação sem efeito suspensivo. O requerente que tiver obtido êxito no seu pedido ressarcirá a massa falida ou a quem tiver suportado as despesas nos seguintes casos: direito real sobre a coisa; contrato de câmbio; coisas vencidas a crédito e entregues ao falido nos 15 dias anteriores ao requerimento da falência, se ainda não alienadas pela massa; alienação fiduciária e revogação ou ineficácia do contrato, para credor de boa-fé.

É possível o pedido de restituição em dinheiro se a coisa não mais existir ao tempo do pedido de restituição, hipótese em que o requerente receberá o valor da avaliação do bem, ou, no caso de ter ocorrido sua venda, o respectivo preço.

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

## **8. Ação de responsabilidade**

O art. 82 da Lei de Falências e Recuperações empresariais sente a necessidade de apurar a responsabilidade solidária dos sócios ilimitadamente responsáveis, que, diga-se, serão declarados falidos. Trata-se de litisconsórcio passivo necessário (art. 47 do CPC e art. 81 da Lei n. 11.101/2005).

Tal ação também estabelece a apuração da responsabilidade solidária dos controladores e administradores das sociedades por ações, assim como dos administradores das sociedades de pessoas (nome coletivo, comandita simples), e das limitadas.

Esta medida vai além da inabilitação e afastamento dos sócios falidos, medidas também previstas na Lei de Falências e Recuperações, respectivamente nos arts. 102, II, e 103. A ação pode ser ajuizada de forma anterior à realização do ativo, incidentalmente ao processo falencial, que inclusive tem por competência o juízo universal.

A decretação da falência afasta a personalização da sociedade empresária. Não seria necessário falar em desconsideração da personalidade jurídica para responsabilizar os sócios administradores, embora nos pareça viável pensar no ato ilícito, dano e nexos causal para

tanto, como modalidade da culpa subjetiva prevista nos arts. 186 e 927 do Código Civil, coibindo fraudes e abusos.

Os arts. 50 (desconsideração da personalidade jurídica) e 1.016 do Código Civil (responsabilidade dos administradores de sociedades simples), são aplicados também às limitadas por regra de subsidiariedade e art. 158 da lei das sociedades por ações (responsabilidade dos administradores de S/A), também podem ajudar.

## **9. Ação de recuperação judicial**

A recuperação judicial é uma ação que tem por objetivo 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 da empresa pode ser requerida pelo empresário em crise; pela sociedade empresária em crise; pelo cônjuge sobrevivente; pelos herdeiros; pelo inventariante e pelo sócio remanescente.

Para tanto, os requisitos que devem ser preenchidos pelo empresário ou sociedade empresária, para a utilização da recuperação judicial de empresa na superação da crise que afeta o desenvolvimento de sua atividade econômica, são: exercer atividade regular há mais de 2 anos; não ser falido e, se o for, estiverem extintas suas responsabilidades; não ter, há menos de 5 anos, obtido concessão de recuperação judicial – no entanto, sendo o devedor microempresário ou empresário de pequeno porte, o prazo é ampliado para 8 anos; e não ter sido condenado, assim como seu administrador ou sócio controlador, por crime falimentar.

Todos os créditos constituídos até o momento do pedido de recuperação judicial, ainda não vencidos ou ilíquidos, estarão sujeitos aos efeitos da recuperação judicial. Podemos constatar que estão excluídos desses efeitos, portanto, os créditos formados após o pedido de recuperação. O art. 49, § 3º, da Lei de Falências e Recuperações traz uma gama de créditos que também não estarão sujeitos aos efeitos da recuperação judicial. É o caso, por exemplo, de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio.

O art. 50 da referida lei prevê os meios pelos quais o empresário poderá restaurar a normalidade de sua atividade econômica; contudo, o rol apresentado na lei é apenas exemplificativo, podendo, por meio de outras possibilidades, recuperar sua empresa. São meios de recuperação judicial, por exemplo, a alteração do controle societário, o aumento de capital social e o trespasse ou arrendamento de estabelecimento empresarial.

Após a análise do preenchimento dos requisitos dos arts. 48 e 51 da lei em estudo, o juiz deverá, ao exarar seu despacho deferitório, se for o caso, além de deferir o processamento da recuperação, nomear o administrador judicial, ordenando, também, a suspensão temporária de todas as ações e execuções pelo prazo improrrogável de 180 dias. Determinará ao devedor a apresentação de contas demonstrativas mensais enquanto perdurar a recuperação judicial e ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento.

Deferido o processamento da recuperação, o empresário ou a sociedade empresária não poderá mais desistir dela, salvo se obtiver aprovação de sua desistência na assembleia geral de credores. O empresário ou a sociedade deverá apresentar o plano de recuperação no prazo improrrogável de 60 dias da publicação da decisão que deferir o processamento de recuperação judicial, sob pena de convalidação em falência, que deverá conter a discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a serem empregados para superar a crise; a demonstração de sua viabilidade econômica; e laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor.

O juiz ordenará a publicação de edital contendo aviso aos credores sobre o recebimento do plano de recuperação e fixando o prazo para a manifestação de eventuais objeções.

Em havendo apresentação de objeção por parte de algum credor, o juiz deverá convocar a assembleia geral de credores para que esta delibere sobre o plano de recuperação, aprovando-o, rejeitando-o ou modificando-o. A realização da assembleia não poderá exceder 150 dias contados do deferimento do processamento da recuperação judicial. Caso o plano seja aprovado, para que o empresário possa executá-lo, é necessária, ainda, a apresentação de certidões negativas de débitos tributários. Se tais certidões não forem apresentadas, o juiz indeferirá,

desde logo, o pedido de recuperação.

Na hipótese de o plano de recuperação de empresa não ter sido aprovado, o juiz decretará a falência do empresário.

O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obtivera aprovação na assembleia geral de credores, desde que, na mesma assembleia, tenha o plano obtido de forma cumulativa:

- 1) o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classes;
- 2) a aprovação de duas das classes de credores pelo quórum qualificado já estudado ou, caso haja somente duas classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos uma delas; e
- 3) na classe que houver rejeitado o plano, tiver obtido o voto favorável de mais de 1/3 dos credores, computados de acordo com as regras já estudadas no tópico referente ao “Quórum de deliberação”.

1 Art. 94, I, da Lei de Falências e Recuperações.

2 Art. 94, II, da Lei de Falências e Recuperações.

3 Art. 94, III, da Lei de Falências e Recuperações.



### A Empresa na Ordem Econômica Constitucional

#### 1. Direito, economia e intervenção estatal

Nesse diapasão, passar-se-á a estudar o ser humano e a sua relação social a partir do capital e principalmente das regras de Direito que determinam tal convivência.

O homem primitivo viveu subordinado a minuciosas proibições e dominado pelo medo ante o mundo, para ele misterioso e repleto de tabus, sendo que inexistia liberdade pessoal, prendendo-se aos medos da natureza e das possíveis intervenções espirituais de acordo com suas crenças, limitando-se a sentar, beber, comer, dormir e caçar, conforme Will Durant, em seu *História da civilização*.

Identificando-se com o grupo, na paz ou na guerra, o homem alcança o maior grau de proteção e segurança. Já está em curso o fenômeno jurídico, com a dupla face de direitos e obrigações, para os integrantes do grupo.

Importante, em um primeiro momento, discorrer a respeito do Absolutismo, em que os governos, em múltiplos períodos históricos, sempre concentraram a totalidade dos poderes em matéria política e econômica. A partir disso, Hans Kelsen explica as administrações aristocráticas; o governante é que faz a lei, sem que a ela fique obrigado.

Aliás, importante considerar que toda a vida econômica anterior à Revolução Francesa está marcada pela ausência de liberdade dos cidadãos.

No século XVIII, a Europa viveu um momento de liberdade política, como resultado do progressivo amadurecimento das sociedades humanas, com as descobertas marítimas, cruzadas, revoluções, entre mais;

inclusive, como bem cita José Nabantino Ramos, com o *laissez faire, laissez passer*, de maneira anormal, o Estado passou a garantir o direito das pessoas e de seus bens, e complementou quando a realeza, a nobreza, o clero e as corporações saíram da frente dos produtores. E o resultado foi o maior milagre da história do domínio do Direito Econômico.

O Capitalismo mudou as coisas e algumas situações foram substituídas no cenário mundial, quando a fábrica substituiu a oficina artesanal ou de manufatura, quando o ser humano se utilizou da criatividade na produção de riquezas e em busca do lucro.

Karl Marx, em *O capital*, descreve o Capitalismo como a mobilização das energias humanas e centro de grandes construções como as pirâmides egípcias, os aquedutos romanos e as catedrais góticas, além de patrocinar expedições, cruzadas, muito embora tenha recebido a condenação na conversão do homem da ciência.

Importante descrever o protestantismo de ingleses, holandeses e norte-americanos, a exigir obsessivo trabalho e poupança do povo e a considerar a riqueza como bem-aventurança (Max Weber, *A ética protestante e o espírito do capitalismo*).

A partir daqui, encontra-se a chave para entender o Direito Econômico, pois se discorrerá sobre a intervenção estatal conformadora dos mercados, a partir de 1930, quando o conteúdo do Direito Econômico está intimamente ligado ao papel desempenhado pelo Estado, na política que escolhe, nas formas de organização econômica da sociedade; e o intervencionismo passou a ser observado como característica própria do Capitalismo, a saber, do fato de que o Estado não sabe lidar com a liberdade de iniciativa privada a partir da empresa, trancafiando-a à sua falta de organização em vista de um exacerbado poder de polícia e uma política malfeita de concessão dos serviços públicos, como no estudo histórico que segue.

O Capitalismo se perfaz em um sistema econômico que dirige as relações de consumo baseadas na propriedade privada dos bens em geral, especialmente a produção e circulação de bens e serviços, nada mais do que aqueles constantes na conceituação trazida pelo **Código Civil** a respeito de atividade econômica, quando passou a considerar o empresário como aquele que exerce atividade econômica organizada e profissionalmente para a produção ou a circulação de bens e serviços, com o intuito,

claramente, de lucro.

O desenvolvimento dessa atividade econômica encontrou base na ampla liberdade, principalmente de iniciativa e de concorrência, denotando ampla liberdade de mercado.

Para André Ramos Tavares, o Capitalismo tem na liberdade seu pressuposto, seu fundamento, a base ideal.

André Ramos Tavares continua a citação no sentido de fixação daquilo que é o Individualismo, Liberalismo e Capitalismo, em vista de que se entrelaçam, porém possuem posições bem definidas a esse respeito.

Após a Segunda Guerra Mundial, portanto, o Capitalismo entrou em crise, quando o Estado, pressionado pelos trabalhadores em geral, tanto quanto pelo empresariado, todos a reclamarem medidas protetoras, voltou a intervir na Economia; temos a crise do Capitalismo. Dalmo de Abreu Dallari ressalta que o Direito reclamou, ele próprio, a intervenção do Estado.

A crise econômica no decurso da Segunda Guerra Mundial estimulou, claramente, os movimentos contrários ao Liberalismo e ao Capitalismo, com as greves reavivando doutrinas que prometiam resolver os problemas da época e, para isso, Karl Marx mandava os trabalhadores mobilizarem-se como exército. O manifesto do partido comunista foi publicado em conjunto com Max Engels, em 1848.

O Socialismo tinha como essência a prevalência dos interesses da sociedade sobre o interesse do indivíduo, tendo, portanto, o Socialismo totalitário. Na Inglaterra, e em conjunto com a clássica obra sobre Economia intitulada *O tratado*, de Stuart Mill, teve-se o momento em que o Socialismo mais se desenvolveu.

Portanto, para assegurar a liberdade e a responsabilidade, no campo econômico, a presença estatal é imprescindível, porém pode vir de maneira defeituosa, quando somente o alto nível de educação pode conter os abusos da excessiva ingerência do Estado na Economia; e, assim, tem-se o Dirigismo, em que se fala em uma liberdade vigiada, quando o Estado planeja, cria a moeda, medidas de peso e extensão e a empresa, fomentando a preparação profissional, a assistência monetária, intervenções comerciais, e disciplina a agricultura, comércio, indústria, transportes, comunicações e despesas.

A partir do raciocínio de desenvolvimento econômico utilizado até este momento neste trabalho, é possível tecer comentário a respeito de que, para se falar em mudanças nesses países desenvolvidos, deve-se também falar em substituição da preocupação econômica com os resultados, e jurídica com os valores, mesmo no campo econômico; a mudança, para que tal aconteça, é grande para que se possa falar na aplicação dos princípios sobre os quais a seguir se discorrerá, no sentido da igualdade de oportunidades, inclusão no mercado, conhecimento das melhores opções econômicas e sociais, cooperação, entre outros, para a construção de uma democracia econômica.

Será tratada inicialmente a esfera pública, para citar a inaptidão do Direito Administrativo em transformar o particular em colaborador do processo de desenvolvimento.

Pode-se trabalhar a partir de duas formas de regulação, seja a concessão do serviço público e o exercício do poder de polícia.

Segundo Calixto Salomão Filho (2002), o poder de polícia nasceu com o Estado liberal moderno do século XIX, quando o Estado regulou o mínimo por meio de uma atuação passiva de limitação da liberdade. Com o Estado Social, no século XX, iniciou-se a concessão dos serviços públicos, já que o Estado não conseguia realizar todos eles. Daí tirou sua crítica no sentido da redefinição da forma de intervenção regulatória do Estado, reestruturando a relação entre esfera pública e privada, já que no sistema de concessões se estabelecem fins públicos aos particulares com eficácia muito limitada, uma vez que o concessionário se torna, logo após licitação, monopolista daquela atividade e começa uma guerra estrutural, na qual o Estado passa a tentar controlar, e o concessionário a desenvolver formas de contornar o controle, como é o exemplo do controle de preço, contornado pela diferença de qualidade do produto.

O Estado pode desempenhar atividades econômicas, estritamente falando, quando houver autorização constitucional e quando assim o permitir lei fundada em motivo de segurança nacional, como é o caso da loteria nacional, em que o Decreto-lei n. 204 e o art. 51 da Lei de Contravenções Penais cerceiam indevidamente o acesso da iniciativa privada ao mercado de loterias, uma vez que não se cogita o fato de o Estado deixar de promover a atividade, diga-se ilícita, da loteria.

Mais do que percebido está em que conhecer a realidade é

pressuposto essencial para que se possa causar uma modificação positiva por meio do desenvolvimento econômico; logo, por meio do raciocínio até aqui desenvolvido, é fácil perceber que o Estado deve se ater a ações planejadoras no sentido de se adquirir conhecimento, coletando informações e promovendo a difusão do conhecimento econômico, sendo que tal intervenção deve ter como base de comparação a iniciativa privada. O presente estudo não tem a pretensão de adentrar ao estudo aprofundado das instituições, porém o intuito de demonstrar o impasse entre a finalidade estatal e a privada.

Para isso, demonstrar-se-á, como objetivo do presente trabalho, a regulação econômica da liberdade de iniciativa empresarial e o distinto caminho trilhado pelos órgãos públicos brasileiros, naquilo que são os objetivos da Constituição Federal do Brasil, já que a desorganização estatal atrapalha a iniciativa privada, concorrendo de forma também desorganizada por meio do exercício do poder de polícia e da concessão dos serviços públicos.

## **2. Princípios constitucionais na ordem econômica**

O art. 170 da Constituição Federal elenca os princípios específicos da ordem econômica em seu título, muito embora não sejam esses os únicos a serem aplicados no estudo interpretativo da disciplina, assim como, de igual maneira, seria um erro considerar todos os princípios constitucionais para a aplicação da atividade interpretativa.

Então, o presente trabalho hermenêutico tem a perspectiva de oferecer ao aplicador um caminho interpretativo específico a disciplinar a liberdade constitucional de iniciativa empresarial. Para tanto, oferecer-se-ão os princípios constitucionais gerais de direta aplicação, considerando o princípio da dignidade da pessoa humana como linha mestra, incentivados por Rizzatto Nunes.

Em seguida, serão demonstrados os princípios gerais do estado democrático de direito, a partir da hierarquia constitucional firmada no Ordenamento Jurídico brasileiro, para, finalmente, adentrar aos princípios elencados no artigo constitucional 170, entre outros de mesma necessidade científica.

Dirigindo o estudo econômico para a liberdade de iniciativa empresarial, o trabalho será focado, sem dúvidas, a partir dos princípios

que fundamentam a própria **Constituição Federal** em seu primeiro artigo, no inciso IV, no sentido da valorização do trabalho humano e, principalmente, da livre-iniciativa.

Importante considerar que a doutrina nacional, em matéria constitucional econômica, em muito diverge daquilo que classifica como princípios; enquanto alguns consideram como princípios aqueles constantes do preâmbulo constitucional, outros consideram aqueles constantes na Constituição Federal no Capítulo I do título atinente à ordem econômica e financeira, no que se entende que ambos fazem parte da gama de princípios aplicáveis em determinado estudo hermenêutico. Finalmente, pode-se dizer da hipótese doutrinária que considera esses princípios constantes do presente parágrafo e todos os outros mais, que fundamentam a ordem constitucional geral, que se considera um erro, apoiados na obra de André Ramos Tavares, em vista de que tais princípios não farão mais parte do estudo específico a que se deseja aplicar, ou seja, sem redundância, a Liberdade de Iniciativa Empresarial.

## **2.1 Desenvolvimento econômico**

Tomou-se como fato base para o presente capítulo que se deve iniciar qualquer trabalho prático interpretativo a partir da **Constituição Federal**. Dessa forma, ela demonstrou que interpretar a empresa é raciocinar, inclusive, o princípio constitucional da liberdade de iniciativa, que tem como um de seus braços a iniciativa empresarial, como garantidor do desenvolvimento econômico nos estados capitalistas, e, assim, trabalhar-se-á um pouco com as teorias a respeito do desenvolvimento econômico para, em seguida, adentrar a intervenção estatal, o Absolutismo, o Liberalismo, o Capitalismo e o Socialismo Democrático, para discutir as questões de Direito Econômico.

A palavra *desenvolvimento* foi utilizada às vezes com conotação econômica, e outras, com conotação social. Então, o presente estudo tomará a palavra em sua natureza de *fato social* como inevitavelmente concretizada pelo Direito, sem o que perderia qualquer sentido de realidade. Figura, portanto, como conteúdo na norma jurídica.

Para isso, este estudo será dividido centralizando as teorias econômicas, para que, em seguida, possa-se trabalhar a hipótese jurídica.

O estudo do desenvolvimento econômico já há muito vem despertando o interesse do mundo acadêmico e profissional, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, no escrito de Fábio Nusdeo, passando a figurar como o objetivo fulcral, não apenas para os povos então ditos subdesenvolvidos, para vir a se firmar como prioridade universal por empolgar as próprias organizações mundiais surgidas na esteira da Organização das Nações Unidas.

É importante considerar o tema da Segunda Guerra Mundial, em vista das dificuldades comentadas em todo o mundo para se alcançar a paz, e claro é que as desigualdades sociais em relação a renda e qualidade de vida entre nações e regiões são um fator ameaçador não somente como objetivo dos países menos desenvolvidos, mas como prioridade universal.

Karl Marx, em *O capital*, escreveu sobre os surtos de depressão que periodicamente abatiam as economias dos países, havendo, portanto, a necessidade de combate a tais males.

A linha de pensamento econômico que procurou, desde o início, dar conteúdo a este segundo conceito de eficiência, equacionando os seus principais problemas teóricos, para passar sucessivamente às recomendações concretas para uma efetiva política pública, cunhou então, de forma definitiva, a expressão *desenvolvimento econômico*.

A preocupação atual mora nos países emergentes, inclusive porque os processos de desenvolvimento geram uma série de custos sociais muito extensos e nem sempre demonstram uma melhora estável dos índices de bem-estar. Alerta Fábio Nusdeo:

Nas últimas décadas do século XX a preocupação com o desenvolvimento foi suplantada pela necessidade premente de promover a estabilidade dos países emergentes assolados pela desordem fiscal e monetária. E assim os escritos acadêmicos centraram-se nos passos a serem dados depois de conseguida certa estabilidade. Veja-se a respeito R. Dorbusch, “The transition from Adjustment to Growth”, in *Proceedings of World Bank Annual Conference on Development Economics* (2002, p. 14).

O século XXI apresenta uma preocupação adicional, preocupação essa que também faz efeitos no social, agora com o desenvolvimento sustentável ou sustentabilidade no desenvolvimento econômico, com a pretensão de uma compatibilização de desenvolvimento e ecologia em um nível primário.

O foco principal passa a ser o Meio Ambiente e, por intermédio deste estudo, é fácil perceber que o desenvolvimento, antes que um valor de crescimento ou mesmo um grupo de instituições, é um processo de autoconhecimento da sociedade.

Ante tais problemas teóricos, trabalhar-se-á durante todo o tempo aquele relativo ao Meio Ambiente, já que tais recursos não são inesgotáveis, conforme Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2002, p. 29), comentando o Princípio do Desenvolvimento Sustentável: “Constata-se que os recursos ambientais não são inesgotáveis, tornando-se inadmissível que as atividades econômicas desenvolvam-se alheias a esse fato”.

No que tange às teorias desenvolvimentistas no Brasil e na América Latina, a doutrina econômica leva ao seguinte dogma, segundo Calixto Salomão Filho:

Hoje não há mais dúvida, graças em grande parte às brilhantes contribuições desses autores, que processo de desenvolvimento depende de instituições e valores. A grande pergunta que resta é em que sentido devem apontar essas instituições e valores (2002, p. 31).

Calixto Salomão Filho cita três teorias dentro da doutrina econômica dominante, sendo que a primeira critica o modelo, mas não os pressupostos, e sequer o método, da teoria neoclássica. São os chamados teóricos das imperfeições do mercado, que procuram apenas identificar suas falhas; a segunda é aquela que procura identificar novos campos de estudo, sem negar os pressupostos e, como a primeira e a terceira, é formada por economistas que, trabalhando individualmente, dedicaram-se a temas envolvendo questões de pobreza e desenvolvimento, que procuram pôr em destaque a importância dos valores dentro da teoria econômica.

Demonstra-se com o estudo que, da análise das principais teorias

econômicas a respeito do desenvolvimentismo, percebe-se as escolas latino-americanas trazendo explicações fortemente rivais às explicações tradicionais para o subdesenvolvimento.

A primeira escola se torna um grande marco do pensamento cepalino, a separá-lo da linha neoclássica hoje dominante, no sentido de que os problemas dos países subdesenvolvidos são estruturalmente distintos, tornando-os peculiares; já a segunda linha de evolução teórica trata da chamada teoria da dependência, ao defender a forte influência dos poderes locais sobre os modelos dependentes ou subdesenvolvidos, e a terceira, finalmente, que não considera o desenvolvimento um tópico específico de estudo, sendo este um subproduto do estudo sobre as instituições.

No que segue Calixto Salomão Filho:

Só a introdução de valores pode minar o pessimismo determinista, iluminar o total relativismo do decisionismo e eliminar a crença nos resultados econômicos dos institucionalistas. Por outro lado, qualquer teoria jurídica desenvolvimentista que se preze não pode desconsiderar esses importantíssimos movimentos e estudos sobre subdesenvolvimento, dependência e instituições. Tem, ao contrário, muito a haver destes em matéria de método e análise da realidade. Há, aí, por conseguinte, uma relação duplamente virtuosa entre análise econômica e análise jurídica (2002, p. 32).

Este estudo é no sentido da necessidade efetiva, portanto, de criação de fluxos redistributivos e de diluição de centros de poder econômico e introdução ao princípio cooperativo nas relações sociais, a par da mudança da forma de planejamento e atuação do Estado.

## ***2.2 Desenvolvimento econômico na Constituição Federal***

Esse processo inicia-se, no Brasil, nas cartas constitucionais de 1967 e 1969 (Emenda n. 1), pouco tempo depois do plano de metas do Governo Kubitschek, segundo Fábio Nusdeo.

A **Constituição Federal do Brasil** de 1988, em vez de desenvolvimento econômico, traz a expressão “desenvolvimento nacional”

em seu art. 3º, inciso II, e, finalmente, descreve o Título VII, dedicado à ordem econômica e financeira.

A empresa, na ordem jurídico-político-econômica brasileira, está configurada no Título VII, art. 170, IV e IX, e no art. 173 e seus parágrafos da CF/88.

No primeiro desses artigos, *caput* e incisos, estão as referências à atividade privada.

No segundo, encontra-se o Estado Empresário (*in verbis*):

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Adotada a redação restritiva, fica estabelecido que o Estado só exercerá a exploração da atividade econômica quando “necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse público”.

A empresa privada detém a prioridade para a prática da atividade econômica, conforme art. 174, § 1º (*in verbis*):

Fica consignada ao termo em estudo a necessidade de se consolidar no país o compromisso ético-político de respeito às leis e à continuidade administrativa, além das simples referências e promessas de realizações, ainda que consagradas nas leis, seja dos Planos, quando aprovados, seja referente a medidas pontuais de política econômica, pois neste particular compete aos operadores do Direito, na defesa da Constituição, acionarem os instrumentos do Direito Econômico como caminho adequado.

François Perroux, citado por Washington Peluso Albino de Souza, diz da teoria dominante como a *Teoria da Economia Dominante*, que é da maior significação para o Direito Econômico, visto colocar o tema do

próprio poder econômico em termos de tratamento científico, de que as abordagens habituais não cogitavam.

Deduz-se, então, conforme Cristiane Derani, no sentido de designar o “conjunto de fatos econômicos específicos e conduzidos, direta ou indiretamente, por uma situação de irregularidade de forças, na qual se encontram, reciprocamente, duas unidades econômicas” (2008, p. 47). O abuso do poder econômico consiste em uma influência irreversível ou parcialmente reversível, exercida por uma unidade em relação à outra.

### **2.3 Desenvolvimento econômico e sustentabilidade ambiental**

Partir-se-á do ponto de que o Direito do Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, exposto no art. 225 constitucional, faz-se presente como princípio que deve ser respeitado pela atividade econômica, no art. 170, VI.

José Afonso da Silva (2007) lembra que a **Constituição Federal** o tem como parte da “Ordem Social”, logo, trata-se de Direito Social do Homem.

Os modos de produção e o exercício da atividade econômica de empresa, que, aliás, recebe uma preferência na ordem constitucional, portanto, não somente produzindo, mas circulando bens e serviços, devem sofrer modificações, e isso é fato, porém não soluciona a questão, já que se deve falar também na manutenção da sanidade física e psíquica dos indivíduos, com a introdução, no rol de benefícios a serem alcançados pela prática econômica, de outros elementos além daqueles proporcionados pelo consumo de bens no mercado.

Não se pode pensar em desenvolvimento da atividade econômica sem o uso adequado dos recursos naturais, posto que esta atividade é dependente do uso da natureza, para sintetizar de maneira mais elementar. Destarte, a elaboração de políticas visando ao desenvolvimento econômico sustentável, razoavelmente garantido das crises cíclicas, está diretamente relacionada à manutenção do fator natureza de produção (defesa do meio ambiente), na mesma razão da proteção do fator capital (ordem econômica fundada na livre-iniciativa) e da manutenção do fator trabalho (ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano). A consideração conjunta destes três fatores garante a possibilidade de atingir os fins colimados pela ordem econômica constitucional: assegurar a todos

uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. É o que dispõe textualmente o *caput* do art. 170.

É certo que a harmonia entre tais hipóteses não vem naturalmente, até porque o crescimento econômico desenfreado é a grande causa para a degradação do meio ambiente.

Segundo Cristiane Derani, para garantir a realização dos valores constantes no texto constitucional é que se faz presente o Estado Social. Segue-se adiante, em vista de já se ter tratado anteriormente o fato de que o modo de produção no Estado brasileiro é o capitalista, com base nas relações de mercado, no âmbito que proclama como direito fundamental a autonomia privada para a atividade econômica: a propriedade privada e a livre-iniciativa.

Correto José Afonso da Silva, ao sustentar que a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado.

Para tanto, não é difícil considerar que se tem, a partir de então, e é importante mencionar, a expressão *economia social de mercado*, que agora deve ganhar um elemento de acordo com as novas pressões deste século, então *economia ecológica social de mercado*.

Busca-se, com isso, a existência harmônica entre Economia e meio ambiente. Permite-se o desenvolvimento, mas de forma sustentável, planejada, para que os recursos hoje existentes não se esgotem ou tornem-se inúteis.

A ideia é para uma política macroeconômica que, inevitavelmente, deve percorrer a necessidade de determinação de um uso racional dos recursos naturais, à medida que mantenha esta utilização sustentável e distribua os efeitos positivos destes recursos pela sociedade. O aniquilamento da natureza parece inevitável, e isso leva facilmente ao pessimismo; portanto, pensar esse fator em conjunto com a distribuição de riquezas já não é uma possibilidade, e sim uma necessidade.

Daí percebe-se a necessidade de integração dos componentes ecológicos na ordem econômica social de mercado.

A ideia inicial é a da precaução contra os danos ecológicos globais, no sentido de orientar uma prática econômica que tenha como pressuposto uma atitude de cautela concentrada num exercício de avaliação e

planejamento, de modo a garantir a integridade do ambiente onde necessariamente terá de influir.

Cristiane Derani descreveu os princípios econômicos e ambientais, apontando a efetividade ecológica como um dos princípios a se verificar, na tentativa de harmonização do desenvolvimento econômico com o meio ambiente, consistente na avaliação e na realização de planejamento de modo a trazer um verdadeiro efeito positivo ao equilíbrio dos ambientes naturais e uma melhora efetiva da qualidade de vida da sociedade.

A prevenção nem sempre é possível e, para isso, aponta-se para a segunda vertente do princípio do poluidor-pagador, ocorrido o dano, visando a sua reparação, no que tange à reversibilidade e à flexibilidade quanto aos danos que eventualmente ocorram, ou os prejuízos advindos ao ambiente pela prática econômica, quando devem ser reversíveis ou passíveis de reparação.

A praticabilidade é requisito indispensável ao início de determinadas atividades econômicas, numa avaliação de custo-benefício social, na qual se relaciona o grau de impacto ambiental de uma atividade com os seus benefícios sociais, trazendo à discussão a própria necessidade e utilidade social de determinada prática econômica.

Aqui se tem evidenciada a necessidade de um estudo prévio de impacto ambiental (EIA/RIMA – Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto no Meio Ambiente), decorrente do princípio de prevenção do dano ambiental, conforme Celso Antônio Pacheco Fiorillo.

Há o requisito da eficiência econômica quanto aos custos das atividades preventivas e minimizadoras de impactos ambientais, que não devem retirar da atividade a lucratividade.

A conformidade ao sistema é requisito que requer pensar todas as medidas a serem adotadas, quando não devem levar a uma modificação estrutural do sistema de produção capitalista.

Por fim, a justiça distributiva, no que as vantagens advindas com a modificação do modo de agir das atividades econômicas devem aproveitar a todos, com justiça na distribuição dos benefícios.

O tratamento coerente desses objetivos, auxiliados pelos princípios do Direito Ambiental já tratado, sintetiza a *conciliação* de fato entre Economia e Ecologia, que, ademais, como já foi abordado, corresponde à

ideologia disposta na **Constituição Federal**.

De qualquer maneira, fica sem sentido a criação e até a interpretação dos princípios específicos que traçam a harmonia da Economia e o equilíbrio na extração dos recursos naturais, se não se fizer toda essa análise com base no homem e de forma muito mais valiosa do que a própria vida, a dignidade na vida da pessoa humana, estudo que será feito a seguir.

#### ***2.4 Supraprincípio constitucional da dignidade da pessoa humana***

A dignidade da pessoa humana é princípio constitucional que leva a uma difícil e primeira análise, a de conceituar dignidade, para que, em seguida, possa-se trabalhar a praticidade, a sua aplicação e o alcance no Ordenamento Jurídico brasileiro.

Para Luiz Antonio Rizzatto Nunes, neste momento se está por falar no princípio de maior importância na ordem constitucional, ainda que seja possível opinião em sentido contrário, quando todos os demais princípios, inclusive o da isonomia, servem para concretizar o princípio da dignidade.

Não basta que a **Constituição Federal** proteja a vida; é indispensável que o Poder Público coloque à disposição do cidadão os equipamentos necessários para que ele tenha também uma vida digna.

O ser humano é bom e é mau, e essa discussão é necessária para a regulação da convivência humana e, logicamente, para os objetivos da ciência do Direito. Assim, para definir dignidade é preciso levar em conta todas as violações que foram praticadas, para, contra elas, lutar.

Portanto, deduz-se a dignidade como uma virtude sempre inerente à pessoa humana.

Porém, numa primeira situação, conceitua-se a dignidade da pessoa humana, mas numa próxima ideia tem-se de relatar a sua aplicabilidade concreta no Ordenamento Jurídico brasileiro, como supraprincípio, princípio pelo qual todos os demais princípios existem e servem. Neste momento, a colocação da aplicação do princípio em matéria ambiental é pertinente e necessária ao se falar da ideal e verdadeira aplicação daquilo que é considerado por Celso Antônio Pacheco Fiorillo como o piso vital mínimo, logicamente, o mínimo necessário para a existência digna, na complementação de Luiz Antonio Rizzatto Nunes.

Claro que aqui se está diante de um princípio que deve ser buscado e protegido pelo Estado e, na interpretação constitucional, faz-se referência a discussão da proporcionalidade, igualdade, adequação e necessidade.

Tal princípio será utilizado como a razão das normas da ordem econômica, como o princípio que inspira e conduz.

Assim, a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa deve desenvolver-se com fundamento da dignidade da pessoa humana, ou seja, a sua aplicação prática na interpretação do desenvolvimento econômico com base em práticas que garantam o bem-estar social das pessoas, em prol da consecução de melhorias para as suas vidas, por meio da circulação de riquezas, valorizando o trabalho e a livre-iniciativa empresarial. Afastar-se de tal princípio seria o mesmo que esvaziar o seu sentido material.

Para José Joaquim Gomes Canotilho “a dignidade humana como princípio não apenas remarca e confere unidade aos direitos fundamentais, – direitos individuais, sociais e econômicos, mas também na ordem econômica” (2008, p. 40). A apresentação na ordem econômica é considerada não apenas como fundamento da república, mas também como a finalidade para a qual se deve voltar a ordem econômica.

O princípio da defesa do meio ambiente percebido no art. 225 da **Constituição Federal** é considerado direito fundamental; aliás, preservar o meio ambiente é fator necessário para o desenvolvimento da atividade econômica, como condição essencial para o livre desenvolvimento das potencialidades do indivíduo e para a melhoria da convivência social.

## ***2.5 Princípio da propriedade privada e da função social da propriedade***

Tais princípios são estudados a partir do art. 170 da **Constituição Federal brasileira** e, portanto, considerados princípios basilares para a consecução da dignidade humana na ordem econômica, e sua análise será feita a partir dos incisos II e III do art. 170 constitucional, entrelaçadamente, como segue:

A propriedade privada compreende várias faculdades: as de acesso à propriedade, de livre uso e fruição, de livre transmissão e de não privação dela. A tutela jurídica de cada um desses aspectos da propriedade

não tem que ser a mesma.

Pode-se dizer que a propriedade privada é um pressuposto do princípio da função social da propriedade, e o exercício do domínio só será constitucional se condizer com esta dupla característica da propriedade: domínio privado, frutos privados e sociais.

Tais princípios merecem estudo conjunto com o capítulo do meio ambiente, pois que trata também de um fator básico da produção econômica, seja a natureza, principalmente, pois a falta de medida no esgotamento dos recursos naturais para a produção econômica resulta, logicamente, no afastamento do imperativo público constitucional da preservação, defesa e proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

## ***2.6 Princípio da liberdade de iniciativa e liberdade de concorrência***

Ao iniciar tal discussão, não há como deixar de lado a tratativa a respeito do sentido e alcance da liberdade e a polêmica que sempre se instaura em decorrência dos limites. A primeira consideração que a ordem econômica traz se dá justamente em decorrência da liberdade de iniciativa e de concorrência; logo, sabe-se que não será fácil tratar do tema trazendo o elemento da preservação, proteção e defesa do meio ambiente, e é exatamente isso que se pretende com o presente trabalho.

A discussão é necessária, pois aqui se tem em jogo não somente a convivência humana, mas a preservação do ser humano, e sobre isso se afastará mais uma vez do sentido do bem e do mal, da mesma forma que ensina Luiz Antonio Rizzatto Nunes, quando da discussão do princípio da dignidade da pessoa humana.

Esse afastamento da discussão do bem e do mal se aproxima de Friedrich Nietzsche, o filósofo da cultura, quando para tanto:

A sociedade mata, tortura, priva de liberdade, dos bens; exerce seu poder pelas restrições impostas na educação pelas escolas; ela mente, engana, trancafia (enquanto polícia) – nada disso pode ser considerado como sendo em si mau. – A sociedade quer sua conservação e sua permanência – [...] o indivíduo não pode ter mais valor que o conjunto da sociedade! Ora, a intenção é, logo de início, não permitir surgir tais

indivíduos: há uma representação de homem que se adota como critério da conservação do bem comum. O pressuposto da sociedade deve ser que ela representa o tipo supremo da espécie “homem” e que ela se confere o direito de combater tudo que lhe é hostil [...] (FREZZATTI JUNIOR, p. 24).

Logicamente, aqui se está por tratar as regras de convivência atuais, com base nos fatos reais e históricos, no que o homem impõe regras, mas nunca de maneira desinteressada, e o desenvolvimento econômico com base no Capitalismo deve sempre ser pensado de forma a desautorizar tais atitudes bárbaras, estabelecendo tais freios:

É a horrível barbárie dos costumes que, especialmente na Idade Média, obrigou a formação de uma verdadeira “liga da virtude” – ao lado dos não menos horríveis exageros sobre o que constitui o valor de um homem. A “civilização” (domesticação) em sua luta tem necessidade de ferros e torturas para se manter íntegra contra a natureza terrível e de animal de rapina.

Difícil, portanto, estabelecer o ponto exato do interesse individual e coletivo do ser humano; logo, falar em liberdade é logicamente trabalhar em contraposição à natureza e à cultura do ser humano atual, com poucas atitudes desinteressadas que, não raras vezes, fazem prevalecer o interesse individual na consecução de riquezas, em prol do interesse do bem comum.

Parte-se da afirmação de que uma condição preliminar de exercício da liberdade precisa ser regulada em conjunto com a equidade, base para justos relacionamentos na sociedade e que, claramente, imporá os limites à referência feita anteriormente, ao citar-se Friedrich Nietzsche.

A regulamentação da concorrência, portanto, não afasta a liberdade do comércio e da indústria.

A questão dos limites depende da natureza do direito. A liberdade de iniciativa, para Luís Cabral de Moncada (2007), é um direito fundamental, de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, ainda que não esteja assim previsto na **Constituição Portuguesa**; logicamente, no

Brasil também se pode raciocinar por essa linha.

A partir daí considera-se que o ideal de finalidade da atividade econômica poderia ser desdobrado no ideal de melhoria do ser humano indivíduo e como integrante de uma sociedade, para o desenvolvimento de suas capacidades, e, então, entre vantagem individual e coletiva intui-se que o homem só se realiza coletivamente, não significando retirar-lhe a individualidade, conforme Aristóteles.

Assim, a ótica da livre-iniciativa com restrições, que insere o homem *ser político* no cenário coletivo sem retirar-lhe a individualidade, leva à consecução do objetivo que é o desenvolvimento econômico com a proteção e defesa do meio ambiente, para assegurar a aplicação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

### **3. Breves considerações sobre a defesa da concorrência**

#### **3.1 No Brasil e no mundo**

No passado, os Estados não costumavam cuidar de suas economias, por conta de regras específicas que tratassem das economias de mercado. Após a **Segunda Revolução Industrial** (ainda que não tenha havido uma descontinuidade entre as duas), no período compreendido como final do século XIX (1850-1870) e começo do século XX, tendo em vista a concentração de recursos para atividades que exigiam grandes vultos econômicos, como a Indústria química, elétrica, petróleo e aço, e também os inventos decorrentes da eletricidade e outros se referindo a Nikola Testa, Thomas Edison e George Westin ghouse, lembrando que Ford começa a fabricação em escala do primeiro motor de combustão interna, substituindo o carvão pelo petróleo, o governo vê a necessidade de regular o mercado por intermédio de leis. O Governo começa a ter de lidar com grande concentração econômica em mãos privadas, quando no passado os Estados buscavam reservar para si ao menos parte do poder econômico de grandes companhias, como no caso da navegação.

As **tensões e conflitos** que geraram a necessidade de criação de normas que reprimissem as práticas anticoncorrenciais nos países desenvolvidos se deram primeiramente no Canadá. Os agricultores que precisavam escoar suas mercadorias por ferrovias, que estavam nas mãos de grandes concentrações econômicas, além de se falar nos grandes

conglomerados bancários.

No Canadá, a legislação anticoncorrencial data de 1889, seguida nos Estados Unidos da América do Norte pelo Sherman Act (1890), sendo interessante citar também a Alemanha em 1908 e a União Europeia em 1956.

No pós-guerra, temos a partir disso os fenômenos da Globalização Econômica e Liberalização das economias, como momento de abertura dos mercados e diminuição nas restrições/barreiras de defesa comercial, aumentando o interesse do Estado em tratar de questões anticoncorrenciais.

No Brasil, as primeiras normas regulatórias estão nas décadas de 1930 e 1940, ainda que de forma tímida, mas foi durante o regime militar, perante a Lei n. 4.137/67, que pela primeira vez se pensou para o nosso país uma norma mais contundente a esse respeito. A legislação citada cria o CADE, trazendo mecanismos para lidar com regras sobre o poder econômico.

Atualmente e como evolução da legislação citada anteriormente, temos a Lei n. 8.884/94 (Lei Antitruste), que vem à época de nosso Plano Real, momento de maior abertura de nossa economia.

As suas principais funções foram:

- ◆ manutenção do CADE (autarquia federal), com previsão de maior autonomia e regras mais eficazes para defesa da concorrência;
- ◆ criação de sanções para os atos atentatórios à Defesa da Concorrência;
- ◆ relação da edição de tais regras com detenção de poder de controle por empresas.

Genericamente, a sua maior função é a de resguardar o funcionamento do mercado concorrencial, incentivando a rivalidade benéfica entre empresas na alocação de seus produtos e serviços.

Busca da efetiva concorrência na produção de produtos e serviços e alocação de recursos para que toda a sociedade seja beneficiada pela Liberdade Constitucional (Todos os Agentes da Sociedade).

Tais normas tiveram o seu início nos países desenvolvidos, levando também aqueles menos desenvolvidos economicamente a criar normas a esse respeito, que também buscaram regras nesse sentido.

Hoje, a principal legislação sobre Direito Concorrencial é a Lei n. 12.529/2011.

### **3.2 Principais leis sobre a defesa da concorrência no Brasil**

- ◆ *Lei n. 8.137/90* (caráter penal) – Criminalização da prática de cartéis = Acordos entre “concorrentes” para restrições à concorrência.
- ◆ *Lei n. 8.884/94* (caráter administrativo) – Criação do CADE (Função atípica legislativa) – Norma que traz mecanismos de controle de práticas anticoncorrenciais, além de controle de fusões e aquisições que visem a diminuir a concorrência dos mercados.
- ◆ *Lei n. 12.529/2011* (caráter administrativo e penal) – Altera dispositivos da lei anterior e funciona como a principal norma de defesa da concorrência.

### **3.3 Mecanismos de controle**

- a) *Controle repressivo* – Construção de tipos penais caracterizando condutas anticoncorrenciais merecedoras de sanção (Tipos Ilícitos).
- b) *Controle preventivo* (Controle de estruturas) = Analisar operações de concentração entre empresas como fusão, incorporação em agrupamentos de unidades empresariais.

### **3.4 Principais condutas anticoncorrenciais**

- a) *Venda casada*: O consumidor é forçado a adquirir produto casado pela falta de opção do produto predominante no mercado.
- b) *Preços predatórios*: Prática de preços abaixo do custo, levando o consumidor a dependência no futuro, momento em que poderá majorar os preços. Utilizados acordos verticais para tais condutas (Cartéis).
- c) *Recusa de contratar*: O Agente verticalmente integrado se recusa a comercializar matéria-prima para os concorrentes, diminuindo a oferta ao consumidor.
- d) *Discriminação*: Prática de preços mais elevados aos seus concorrentes do que aqueles praticados à sua subsidiária.

### **3.5 Controle dos atos de concentração e estruturas**

Além dos ilícitos, temos o controle dos atos de concentração como fusões e incorporações, como segue:

- a) *Concentrações* (Empresas se unem em 1 só centro de controle decisório) – Pode acontecer em forma de fusão.
- b) *Cooperações* (Empresas possuem um menor grau de integração formal) – A informalidade é requisito geralmente encontrado na prática de cartéis, enquanto empresas se unem clandestinamente com práticas que visem ao domínio do mercado.



*Formato horizontal* – Mesmo Mercado Relevante por produtos que se substituem. Ex.: Sadia e Perdigão ou Itaú e Unibanco, lembrando que os exemplos são reais e que se trata de fusões lícitas e aprovadas pelo Governo.



*Formato vertical* – Elos distintos de uma mesma cadeia produtiva. Ex.: empresa que fabrica e comercializa veículos incorpora empresa fabricante de aço.

- c) *Conglomerados* – Empresas que não tenham relação quanto à atividade desenvolvida. Ex.: um banco que adquire uma concessionária de veículos e uma empresa de eletrodomésticos.

### **3.6 Outros mecanismos de controle e repressão**

Aplicações de apenações utilizando como base o faturamento do ano anterior ao início das investigações, proibição de contratar com a administração pública, alienação de ativos, recomendar não aceitação de parcelamentos tributários às autoridades fiscais, desconsideração da personalidade jurídica, assim como medidas judiciais acautelatórias de busca e apreensão, são algumas das diversas ferramentas à disposição da administração pública para a defesa do mercado concorrencial, bem como o acordo de leniência.

No acordo de leniência, a negociação deve se dar perante o CADE, funcionando como uma delação premiada, na qual apenas a primeira empresa solicitante pode se aproveitar de tal benefício.

Os órgãos administrativos não devem ter informações suficientes para sugerir condenação na prática de ilícito para que o benefício seja

concedido, sendo que a empresa líder não pode pedir o benefício.

O Poder Judiciário e o Ministério Público têm oferecido suporte ao instituto, que tem ajudado na solução de diversos casos recentes em que se verificou inclusive prática de cartéis.



## Referências

- AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico*. São Paulo: Atlas, 2006.
- ALBINO DE SOUZA, Washington Peluso. *Primeiras linhas de direito econômico*. São Paulo: LTr, 1999.
- ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BERTOLDI, Marcelo; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. São Paulo: RT, 2011.
- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova lei de recuperação e falências comentada*. São Paulo: RT, 2005.
- BRUSCATO, Wilges. *Manual de direito empresarial brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRUSCHI, Gilberto G. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BULGARELLI, Waldirio. *Sociedades comerciais, empresa e estabelecimento*. São Paulo: Atlas, 1996.
- BURNS, Edward Mcnall. *História da civilização ocidental*. São Paulo: Globo, 1954.
- CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- CANDIDO DA SILVA, Márcio. *Direito civil para concurso de juiz do trabalho*. Bauru: Edipro, 2011.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008.

- CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933.
- CEOLIN, Ana Caroline S. *Abusos na aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DINIZ, Maria Helena. *Direito de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DORIA, Dylson. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- DURANT, Will. *História da civilização ocidental*. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1942.
- ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil*. Barcelona: Bosch, 1966.
- ESTRELA, Hernani. *Curso de direito comercial*. Rio de Janeiro: Konfino, 1973.
- FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Manual de direito comercial*. São Paulo: Atlas, 2011.
- FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2006.
- FERREIRA, Waldemar. *Instituições de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1961.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FONSECA, Priscila M. P. Corrêa; SZTAJN, Rachel. *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2008.
- FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: RT, 2009.
- FREZZATTI JUNIOR, Wilson Antonio. *A fisiologia de Nietzsche*. Ijuí: Unijui, 2006.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- GRAU, Eros Roberto. *Elementos de direito econômico: função social da empresa*. São Paulo: RT, 1981.

- GRAU, Eros Roberto. *Interpretação e aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do direito aplicada ao direito processual e à teoria da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2002.
- GUSMÃO, Mônica. *Direito empresarial*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: RT, 2002.
- LEISTER, Margareth Anne. *Direito do comércio internacional*. Paraná: Juruá, 2005.
- LOBO, Jorge. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Org.). *Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2010.
- MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- MARX, Karl. *O capital*. Petrópolis: Vozes, 1988.
- MARX, Karl. *O manifesto do partido comunista*. Petrópolis: Vozes, 2008.
- MELLO FRANCO, Vera Helena de. *Manual de direito comercial*. São Paulo: RT, 2004.
- MIGLIARI JUNIOR, Arthur. *Crimes de recuperação de empresas e de falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito econômico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- MONTEIRO DE BARROS, Flávio Augusto. *Manual de direito civil*. São Paulo: Grupo Gen/Método, 2007.
- NEGRÃO, Ricardo. *Direito empresarial unificado*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- NUSDEO, Fábio. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- PAES DE ALMEIDA, Amador. *Curso de falência e recuperação de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2006.

- PAES DE ALMEIDA, Amador. *Execução dos bens dos sócios*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- PAES DE ALMEIDA, Amador. *Teoria e prática dos títulos de crédito*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- PEREIRA, Afonso Insuela. *O direito econômico na ordem jurídica*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1974.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.
- RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial esquematizado*. São Paulo: Grupo Gen/Método, 2011.
- RAMOS, José Nabantino. *Sistema brasileiro de direito econômico*. São Paulo: Editora Resenha Tributária, 1977.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- RIZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- RIZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- RIZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- RIZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Manual da monografia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- RIZZATO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- RIZZATO NUNES, Luiz Antonio. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SALLES DE TOLEDO, Paulo F. C. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SANCHEZ, Alessandro. *Direito empresarial para concurso de juiz do trabalho*. Bauru: Edipro, 2011.
- SANCHEZ, Alessandro. *Prática jurídica empresarial*. São Paulo: Atlas, 2010.
- SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo:

Malheiros, 1996.

SILVA, José Afonso. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.

STUART MILL, Jonh. *Utilitarismo*. Rio de Janeiro: Scala, 2007.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 3. ed. São Paulo: Método, 2010.

TOLEDO, Paulo Campos Salles; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). *Comentários a nova lei de recuperação de empresas e falências*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TOMAZETE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. São Paulo: Atlas, 2011.

VAMPRÉ, Spencer. *Tratado elementar de direito comercial*. Rio de Janeiro: F. Briguet & Cia, 1922.