RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS

TEMAS ATUAIS

Arthur Alves Silveira
César Zenker Rillo
Daniel Báril
Gabriela Chang de Assis
Gabriele Chimelo
Greise Hellmann
Guilherme Caprara
Guilherme Queirolo Feijó
Gustavo de Assis Guedes
João Medeiros Fernandes Jr.
José Bráulio Petry Fonseca
Juliana Della Valle Biolchi
Laurence Bica Medeiros
Luis Henrique Guarda
Nathália Laís Michel Costa
Roberto Monlleo Martins
Thiago Diamante
Wagner Luis Machado

ORGANIZADORES:

ARTHUR ALVES SILVEIRA
DANIEL BÁRIL
JOÃO MEDEIROS FERNANDES JR.

OAB RIO GRANDE DO SUL
OAB RIO GRANDE DO SUL ESA
OAB RIO GRANDE DO SUL CEFRJ
COMISSÃO ESPECIAL DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Organizadores:

ARTHUR ALVES SILVEIRA

DANIEL BÁRIL

JOÃO MEDEIROS FERNANDES JR.

RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS: TEMAS ATUAIS

Porto Alegre
OABR/RS
2018

Organizadores:

ARTHUR ALVES SILVEIRA

DANIEL BÁRIL

JOÃO MEDEIROS FERNANDES JR.

Autores

Arthur Alves Silveira

César Zenker Rillo

Daniel Báril

Gabriela Chang de Assis

Gabriele Chimelo

Greise Hellmann

Guilherme Caprara

Guilherme Queirolo Feijó

Gustavo de Assis Guedes

João Medeiros Fernandes Jr.

José Bráulio Petry Fonseca

Juliana Della Valle Biolchi

Laurence Bica Medeiros

Luis Henrique Guarda

Nathália Laís Michel Costa

Roberto Monlleo Martins

Thiago Diamante

Wagner Luis Machado

RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS: TEMAS ATUAIS

Porto Alegre
OABR/RS
2018

Copyright © 2018 *by Ordem dos Advogados do Brasil*

Todos os direitos reservados

Presidente da Comissão Especial de Falências e Recuperação Judicial

João Medeiros Fernandes Jr.

Vice-Presidente da Comissão Especial de Falências e Recuperação Judicial

Roberto Martins

Capa
Daniel Báril

R248

Recuperação Judicial de Empresas: temas atuais/,Arthur Alves Silveira, Daniel Báril, João Medeiros Fernandes Jr. (Organizadores). – Porto Alegre: OAB/RS, 2018. 232p.

ISBN: 978-85-62896-14-9

1. Recuperação Judicial. 2. Empresas. I Título.

CDU: 347.736

Bibliotecária Jovita Cristina Garcia dos Santos – CRB 1517/10º

Rua Manoelito de Ornellas,55 – Praia de Belas
CEP: 90110-230 Porto Alegre/RS
Telefone: (51) 3287-1838

O conteúdo é de exclusiva responsabilidade dos seus autores.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CONSELHO FEDERAL
DIRETORIA/GESTÃO 2016/2018

Presidente: Claudio Pacheco Prates Lamachia
Vice-Presidente: Luís Cláudio da Silva Chaves
Secretário-Geral: Felipe Sarmento Cordeiro
Secretário-Geral Adjunto: Marcelo Lavocar Galvão
Diretor Tesoureiro: Antonio Oneildo Ferreira

ESCOLA NACIONAL DE ADVOCACIA – ENA

Diretor-Geral: José Alberto Simonetti Cabral

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECÇÃO DO RIO GRANDE DO SUL

Presidente: Ricardo Ferreira Breier
Vice-Presidente: Luiz Eduardo Amaro Pellizzer
Secretário-Geral: Rafael Braude Canterji
Secretária-Geral Adjunta: Maria Cristina Carrion Vidal de Oliveira
Tesoureiro: André Luis Sonntag

ESCOLA SUPERIOR DE ADVOCACIA

Diretora-Geral: Rosângela Herzer dos Santos
Vice-Diretor: Marcos Eduardo Faes Eberhardt
Diretor Administrativo-Financeiro: Otto Júnior Barreto
Diretor de Cursos Permanentes: Fernanda Corrêa Osório, Daniel Ustárroz
Diretor de Cursos Especiais: Darci Guimarães Ribeiro
Diretor de Cursos Não Presenciais: Eduardo Lemos Barbosa
Diretora de Atividades Culturais: Karin Regina Rick Rosa
Diretora da Revista Eletrônica da ESA: Denise Pires Fincato

CONSELHO PEDAGÓGICO

Alexandre Lima Wunderlich
Ana Paula Oliveira Ávila
Darci Guimarães Ribeiro
Delton Winter de Carvalho
Rolf Hanssen Madaleno

CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS ADVOGADOS

Presidente: Rosane Marques Ramos
Vice-Presidente: Pedro Zanette Alfonsin
Secretária-Geral: Cláudia Brosina
Secretária-Geral Adjunta: Melissa Telles Barufi
Tesoureiro: Gustavo Juchem

TRIBUNAL DE ÉTICA E DISCIPLINA
Presidente: Cesar Souza
Vice-Presidente: André Araujo

CORREGEDORIA

Corregedora: Maria Helena Camargo Dornelles
Corregedores Adjuntos: Maria Ercília Hostyn Gralha, Josana Rosolen Rivoli, Darci Norte Rebelo Jr

OABPrev

Presidente: Jorge Luiz Dias Fara
Diretor Administrativo: Paulo Cesar Azevedo Silva
Diretora Financeira: Claudia Regina de Souza Bueno
Diretor de Benefícios: Luiz Augusto Gonçalves de Gonçalves

COOABCred-RS

Presidente: Jorge Fernando Estevão Maciel
Vice-Presidente: Márcia Heinen

PREFÁCIO

As crises econômicas contemporâneas, oriundas do natural desenvolvimento de sociedades em constante evolução, oferecem desafios que merecem atenção e preocupação de relevantes áreas do conhecimento, em especial do direito.

Aos operadores do direito afetos aos estudos da área de insolvência, essa preocupação é inexorável. Isso porque, no dia a dia da atuação voltada à complexa atividade jurídica, depara-se com inquietações de um universo multidisciplinar e intrigante, atávicas à recuperação empresarial.

É nesse contexto que a Lei Federal n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, ganha destaque.

A partir da reformulação da legislação falimentar do país, com o abandono do antigo Decreto-Lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945 - que remontava ao início da industrialização do Brasil, introduziu-se no ordenamento jurídico brasileiro uma nova legislação que visava a atender as demandas e os desafios de uma sociedade moderna e globalizada.

Com grande inspiração no *Chapter 11* e na *Bankruptcy Reorganization*Norte-americano, foi inaugurado em nosso país o instituto da Recuperação Judicial, remédio jurídico capaz de efetivamente proporcionar uma alternativa de superação ao estado de crise econômico-financeira da sociedade empresária.

É certo, como não poderia ser diferente, que a Lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 – já com quase 14 anos de vigência - vem sendo diariamente rediscutida, tanto no que diz respeito à sua natural evolução jurisprudencial, quanto por meio de discussões já em searas legislativas (vide, neste sentido, o PL 10.220-2018).

Assim, esta obra, em sua essência, busca retratar alguns dos principais temas correlatos ao processo de Recuperação Judicial, sempre sob a ótica daqueles que enfrentam diariamente este desafio como ofício: os advogados.

Espera-se que esta leitura proporcione uma reflexão crítica no leitor, a fim de que novas e boas discussões sejam travadas, na busca incessante de se encontrarem novas soluções no horizonte do fascinante processo de Recuperação Judicial.

Arthur Alves Silveira, Daniel Báril e João Medeiros Fernandes Jr.

Organizadores

APRESENTAÇÃO

A Escola Superior da Advocacia (ESA) da Ordem dos Advogados (OAB) - Seccional do Rio Grande do Sul, orgulhosamente apresenta à comunidade jurídica a obra "Recuperação Judicial de Empresas - Temais Atuais", que é fruto de anos de pesquisas realizadas pelos membros da Comissão de Falências e Recuperação Judicial da OAB-RS.

Temos convicção de que a presente coletânea atingirá plenamente seu objetivo, ao propiciar que advogados e operadores do Direito se aperfeiçoem e se aprimorem na interessante plêiade de temas conexos à Recuperação Judicial, tais como Investimentos DIP, Cram Down, Administração Judicial, Recuperação de Grupos Empresariais, Coobrigados, dentre outros.

Inegavelmente, nossa nação vem passando por período de relevante crise econômica e empresarial (para não dizer política), o que teve o condão de tornar o tema da Insolvência bastante atrativo ao grande público, merecendo enorme prestígio, inclusive, os cursos que nossa Escola, já há anos, tem tido a satisfação de oferecer, e em especial através desta obra, com a organização dos Drs. João Medeiros Fernandes Jr., Daniel Báril e Arthur Alves Silveira.

Os artigos que compõem este livro – como o sub título já deixa claro – ganham relevo não apenas pela qualidade, mas também pelas suas atualidades.

Digno de nota, por fim, que a presente obra é publicada tanto em versão Digital quanto impressa, de forma a atingir em sua plenitude o público a que se destina.

Desejamos a todos uma ótima boa leitura, oportunidade em que já aproveitamos para elogiar entusiasticamente a todos os colegas envolvidos na organização desta relevante coletânea – os integrantes da Comissão Falências e Recuperação Judicial!

Rosângela Herzer dos Santos

Diretora-Geral da Escola Superior da Advocacia da OAB/RS

SUMÁRIO

COOBRIGADOS DO DEVEDOR E A SUSPENSÃO DAS AÇÕES E EXECUÇÕES PREVISTAS NO ARTIGO 6º DA LEI N.º 11.101/2005 – Arthur Alves Silveira, João Medeiros Fernandes Júnior **10**

O JUÍZO UNIVERSAL E O FISCO: O Princípio da Preservação da Empresa (e o Interesse Público) como Vetor Axiológico do Juízo Universal e consequente submissão do Fisco ao controle de expropriação de ativos – César Zenker Rillo..... **31**

CRAM DOWN: CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS À IMPORTAÇÃO DO REGIME DO *CHAPTER 11* PARA O REGIME LEGAL DA LEI 11.101 – *Daniel Báril, Guilherme Queirolo Feijó*..... **46**

A CONTAGEM DE PRAZOS NA LEI Nº 11.101/05 À LUZ DO NOVO CPC - Gabriele Chimelo , Greise Hellmann..... **64**

***DIP FINANCING*: O FINANCIAMENTO DAS EMPRESAS NO CURSO DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL BRASILEIRO - Guilherme Caprara, Gabriela Chang de Assis**.....**88**

GOVERNANÇA DE SOCIEDADES EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL - *José Bráulio Petry Fonseca*..... **106**

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E APURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PESSOAL DOS SÓCIOS, CONTROLADORES E ADMINISTRADORES/CONSELHEIROS NA LEI 11.101/2005 - Juliana Della Valle Biolchi **130**

O ADMINISTRADOR JUDICIAL –Laurence Bica Medeiros, Nathália Laís Michel Costa **156**

CONTROLE JUDICIAL DA LEGALIDADE DOS PLANOS DE RECUPERAÇÃO – Luis Henrique Guarda, Gustavo de Assis Guedes **171**

ABUSO DE VOTO DE CREDORES NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL – Roberto Monlleo Martins **183**

INEFICÁCIA E AÇÃO REVOCATÓRIA FALIMENTAR: ASPECTOS PROCESSUAIS – Thiago Diamante **198**

A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE GRUPOS EMPRESARIAIS – Wagner Luis Machado **216**

COOBRIGADOS DO DEVEDOR E A SUSPENSÃO DAS AÇÕES E EXECUÇÕES PREVISTAS NO ARTIGO 6º DA LEI N.º 11.101/2005

Arthur Alves Silveira[1]

João Medeiros Fernandes Júnior[2]

Resumo: Nas singelas considerações a seguir, abordaremos alguns dos principais apontamentos acerca da suspensão das ações e execuções previstas no artigo 6º da Lei de Recuperações Judiciais e Falências (Lei Federal n.º 11.101/05) – o chamado *stay period* - e as suas consequências sobre os coobrigados do devedor principal em recuperação judicial. Analisaremos, sucintamente, o instituto da novação, a novação *sui generis* advinda com a aprovação do Plano de Recuperação Judicial, prevista na Lei n.º 11.101/05, bem como a visão da doutrina especializada no regime recuperacional, somada ao olhar da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Corte máxima que define os rumos dos debates infraconstitucionais. Nos comentários conclusivos nos ateremos a avaliar as idiossincrasias que transbordam na atuação dos operadores do direito ao lidar com a temática proposta.

Palavras-chave: Recuperação Judicial. Novação. *Sui generis*. Coobrigados. *Stay period*.

Abstract: In the following simple considerations, we will cover some of the main notes about the suspension of actions and executions foreseen in Article 6 of the Brazilian Judicial Recovery and Bankruptcy (Federal Law No. 11.101/05) - the *stay period* - and its consequences on the co-debitor of the principal debtor in judicial reorganization. We will briefly analyze the institute of novation, the *sui generis* novation with the approval of the Judicial Recovery Plan, provided for in Law 11.101/05, as well as the specialized doctrine of the recuperation regime, together with the jurisprudence of the Superior Court of Justice, maximum Court that defines the directions of the infraconstitutional debates. In the concluding comments, we will focus on evaluating the idiosyncrasies that overflow the role of the legal operators in dealing with the proposed theme.

Keywords: Judicial Recovery. Novation. *Sui generis*. Co-debitor. Stay period.

Sumário: 1 Introdução. 2 O stay period - a suspensão das ações e execuções previstas no art. 6º da Lei n. 11.101/2005. 3 A novação sui generis prevista na Lei n.º 11.101/05 e seus efeitos nos coobrigados. 3.1 A visão dogmática da doutrina especializada em recuperação judicial. 3.2 O contexto jurisprudencial e a dicotomia entre manutenção das garantias e a execução imediata. 4. As idiossincrasias da não suspensão das ações e execuções em face dos coobrigados do devedor sujeito ao regime da recuperação judicial. 5 Conclusão. Referencial Bibliográfico.

---

[1] Advogado, Master of Law em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas - FGV/RIO. Mestrando em Direito da Empresa e dos Negócios na Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Sócio Coordenador Jurídico da MMS & Advogados Associados e da M&M Administração Judicial. Membro do TMA Brasil e do IBAJUD.

[2] Advogado, Especialista em Insolvências e Recuperação Judicial pelo INSPER. Palestrante e professor convidado em congressos e cursos especializados na área do direito falimentar. Sócio Fundador da MMS & Advogados Associados e da M&M Administração Judicial. Membro do TMA Brasil e do IBAJUD. Administrador Judicial com mais de 15 anos de experiência.

1 INTRODUÇÃO

O estudo em voga trata de uma matéria amplamente discutida no dia a dia dos juristas que destinam o seu ofício ao complexo e intrigante processo de recuperação judicial, instituído através da Lei Federal n.º 11.101/05, cujo intuito principal é o de oportunizar o soerguimento da sociedade empresária em crise.

Importante pontuar, desde já, que este artigo não tem por escopo esmiuçar as diversas facetas dos institutos atinentes ao processo de recuperação judicial aqui tratados, mas pontuar, de forma sucinta e objetiva, através do olhar do operador do direito, algumas reflexões acerca da suspensão das ações e execuções previstas no artigo 6º da Lei de Recuperações Judiciais e Falências, e as suas consequências sobre os coobrigados do devedor principal em recuperação judicial.

Trataremos, inicialmente, da previsão legal e da conceituação do chamado *stay period*, que serve de verdadeiro alento para a sociedade empresária devedora, que encontra nessa forma de moratória temporária, oxigênio para transpor o período do processo de recuperação judicial, reorganizar e planejar a empresa, de forma a possibilitar a superação do estado de crise.

Analisaremos o instituto da novação, previsto no art. 59 da Lei n.º 11.101/05, frente à doutrina e, principalmente, seus efeitos ante a decisão de concessão da recuperação judicial, a qual provém da manifestação de vontade da coletividade de credores.

Feitas essas premissas conceituais, contextualizando o debate, falaremos também acerca do caráter dessa novação *sui generis* prevista na Lei Especial, que autoriza a manutenção das garantias instituídas sobre as dívidas da sociedade em recuperação judicial. Assim, discorreremos acerca da interpretação que pretendemos demonstrar ser a mais adequada à matéria: conservar as garantias não significa executá-las imediatamente.

Para somar ao debate, traremos a interpretação dada pela jurisprudência, em especial a do Superior Tribunal de Justiça, Corte em que são definidas as discussões acerca dos temas infraconstitucionais da temática proposta.

Por fim, buscaremos apimentar o debate, trazendo comentários acerca das idiossincrasias do tema (o não aproveitamento da suspensão prevista no artigo 6º da Lei Federal n.º 11.101/05 aos coobrigados do devedor principal em recuperação judicial), na tentativa de demonstrar que, embora a Lei Especial preveja a manutenção das garantias (dentre elas, a dos coobrigados), de fato temos um desvirtuamento do próprio instituto da novação previsto no

Código Civil Brasileiro, o que nos leva à (desa)razoabilidade e (in)coerência do não aproveitamento do instituto aos coobrigados solidários do devedor principal, quando novadas as dívidas pela homologação do plano de recuperação judicial.

2 O *STAY PERIOD* - A SUSPENSÃO DAS AÇÕES E EXECUÇÕES PREVISTAS NO ART. 6º DA LEI N. 11.101/2005

Já no limiar dos dispositivos da Lei Federal n.º 11.101/05, deparamo-nos com um dos instrumentos de maior importância e eficácia para o estancamento (ao menos provisório) da crise econômica pela qual passa a empresa que se submete ao regime da recuperação Judicial. Falamos, aqui, da suspensão das ações e execuções em face do devedor, prevista no artigo 6º da Lei de Recuperação Judicial e Falências[3], resultado imediato do deferimento do processamento da recuperação judicial.

Transvestida de uma verdadeira moratória temporária, pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias todas as ações e execuções em trâmite contra a recuperanda são suspensas por força da sentença que defere o processamento da recuperação judicial. Interrompe-se, do mesmo modo, as ações e execuções em face do sócio solidariamente responsável. Também chamado de *stay period*, esse lapso temporal suspensivo é de extrema relevância para o planejamento e reestruturação da companhia, para a superação do estado de crise pelo qual passa a empresa em estado de recuperação judicial.

Nesse sentido, pertinentes os ensinamentos da doutrina especializada[4]:

> A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso de todas as ações e execuções em face do devedor (LREF, art. 6º). [...]
> A referida suspensão beneficia também os sócios de responsabilidade ilimitada das sociedades devedoras – "sócios solidários" na dicção da LREF. Como vimos, o fundamento desta última regra está no fato de que 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" (LREF, art. 81). Assim também se aplica no caso de recuperação judicial por determinação legal.

---

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

[4] SCALZILLI, João Pedro, SPINELLI, Luis Felipe e TELLECHEA, Rodrigo. Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2017, p. 167/170.

> Na recuperação judicial, porém, o fundamento para a suspensão das execuções é diverso. O objetivo é dar fôlego para que o devedor possa projetar e negociar o plano de recuperação.
> Assim, a suspensão perdura somente durante o período de proteção (*stay period*): 180 dias (art. 6º, § 4º e 5º, com a ressalva das execuções fiscais, de acordo com o art. 6º, § 7º, da LREF) – embora os Tribunais, em homenagem aos princípios da razoabilidade e da preservação da empresa, tenham constantemente mitigando *[sic]* a rigidez dessa regra [...]
> [...]
> Aprovado o plano de recuperação judicial, o crédito seguirá os termos e condições de exigibilidade nele previstos. [...]

Como dito acima, a suspensão das ações e execuções também aproveita aos sócios solidários com responsabilidade ilimitada, o que, de praxe, não é a regra utilizada no ordenamento jurídico para a criação de pessoas jurídicas, cuja figura prevalece a do sócio de responsabilidade limitada. De outra banda, apenas a título de registro, como bem apontado pela doutrina antes transcrita, a jurisprudência tem praticamente consolidado a possiblidade de prorrogação do *stay period* por igual período (mais 180 dias) ou até que haja a decisão da assembleia de credores, haja vista as nuances do processo recuperacional, que acaba por se desnaturar no tempo com as intempéries negociais do plano de recuperação judicial, além das peculiaridades e complexidades processuais inerentes ao instituto.

Como efeito direto do deferimento do processamento da recuperação judicial, essa moratória suspensiva, como bem anotado pela doutrina, tem papel fundamental para a estratégia a ser adotada no decorrer do processo recuperacional. Servirá, outrossim, de verdadeiro desafogo que proporcionará à recuperanda e ao empresário tranquilidade com a suspensão das constrições patrimoniais, facultando a instauração dos primeiros diálogos e a promoção das negociações inicias com seus credores, com vista a construção do seu plano de reestruturação judicial.

A disciplina de Luis Felipe Salomão e Paulo Penalva Santos[5] assim assevera:

> Em regra, uma vez deferido o processamento ou, *a fortiori*, aprovado o plano de recuperação judicial, revela-se incabível o prosseguimento das execuções individuais, mesmo depois de decorrido o prazo de 180 dias previsto no art. 6º, § 4º, da Lei 11.101/2005.
> De fato, a decisão que defere o processamento do pedido de recuperação judicial tem como um de seus efeitos a suspensão das ações e execuções individuais contra o devedor que, dessa forma, pode desfrutar de maior tranquilidade para a elaboração de seu plano de recuperação, alcançando o fôlego necessário para atingir o objetivo de reorganização da empresa (art. 6º, § 4º, c/c o art. 52, III, da Lei 11.101/2005).

---

[5] SALOMÃO, Luis Felipe. SANTOS, Paulo Penalva. Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 37/38.

> A razão de ser da norma que determina a pausa momentânea das ações e execuções – *stay period* – na recuperação judicial é a de permitir que o devedor em crise consiga negociar, de forma conjunta, com todos os credores (plano de recuperação) e, ao mesmo tempo, preservar o patrimônio do empreendimento, o qual se verá liberto, por um lapso de tempo, de eventuais constrições de bens imprescindíveis à continuidade da atividade empresarial, impedindo o seu fatiamento, além de afastar o risco da falência.

De caráter indispensável para o bom andamento do processo recuperacional para a empresa, sustando na prática os atos constritivos contra o seu patrimônio, preservando a manutenção da atividade empresária, esse remédio legal não se aproveita, entretanto, aos devedores coobrigados da recuperanda (entendida aqui como devedora principal).

Isso se deve, primeiro, por uma omissão (possivelmente proposital) legislativa, somada às reservas da novação especial prevista no artigo 59 da Lei de Recuperação Judicial e Falências[6], que preserva as garantias dos credores, cuja temática enfrentaremos em tópico específico.

Para melhor ilustração dessa exceção, transcrevemos os ensinamentos de Luiz Roberto Ayoub e Cássio Cavali[7], *in litteris*:

> Precisamente por não se sujeitar à recuperação judicial, o deferimento do processamento da recuperação judicial não suspende o curso das execuções, nem das ações monitórias, promovidas contra coobrigados com empresa devedora, bem como o plano de recuperação aprovado pela comunhão de credores e judicialmente homologado não terá o condão de modificar ou suprimir a posição creditícia do credor em relação aos coobrigados com a empresa devedora.

Essa visão monolítica, afastando os devedores coobrigados da empresa em recuperação judicial da moratória legal, enfrenta nossa crítica, que será abordada a seguir. Embora saibamos que a doutrina e jurisprudência dominantes se inclinam para a manutenção desta premissa, não podemos desnaturar a posição dos autores, como operadores do direito, ativistas do direito recuperacional, avaliando os percalços que essa exceção pode causar ao próprio processo de recuperação judicial, de certa forma em desequilíbrio com o instituto da novação propriamente dito, que enfrentaremos logo a seguir.

---

[6] Art. 59. O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1o do art. 50 desta Lei.

[7] AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 60/61.

3 A NOVAÇÃO *SUI GENERIS* PREVISTA NA LEI N.º 11.101/05 E SEUS EFEITOS NOS COOBRIGADOS

Para avaliarmos a suspensão das ações e execuções em face dos devedores coobrigados da devedora principal em recuperação judicial, é necessário entendermos a novação prevista na Lei Especial e as consequências deste evento novatório para os garantidores da obrigação.

Nos subcapítulos a seguir, enfrentaremos a questão da novação singular, conceituada no artigo 59 da Lei de Recuperação Judicial e Falências (Lei n.º 11.101/05), sob a ótica da doutrina especializada em processos de reestruturação judicial e sob o olhar da jurisprudência.

Primeiramente, como elemento de provocação interpretativa, pedimos vênia para transcrever o artigo 360 do Código Civil Brasileiro, que trata do instituto genuíno da novação, para compararmos com as digressões a seguir. Vejamos:

> Art. 360. Dá-se a novação:
>
> I - quando o devedor contrai com o credor nova dívida para extinguir e substituir a anterior;
>
> II - quando novo devedor sucede ao antigo, ficando este quite com o credor;
>
> III - quando, em virtude de obrigação nova, outro credor é substituído ao antigo, ficando o devedor quite com este.

Dentre as três hipóteses de novação prevista no Diploma Civil, a que nos interessa é a descrita no inciso I do referido dispositivo legal, onde o devedor contrai nova dívida com o credor, extinguindo-se e substituindo-se a originaria. É o que nos interessa para os obstáculos que virão a seguir, implícitos à recuperação judicial.

De forma mestral, o civilista Arnaldo Rizzardo[8], na obra Direito das Obrigações, discorre acerca do instituto da novação originária:

> Extingue-se uma obrigação e surge outra nova. A denominação já deixa entrever que é novada a obrigação, isto é, uma outra aparece no lugar da anterior. **Extingue-se uma obrigação e surge outra nova.** Mais propriamente, cria-se uma obrigação para extinguir a anterior. É como sintetiza Camillo Giardina, demonstrando a universalidade do sentido: *"La novazione, oltre l'estinzione della precedente obbligazione, provoca il sorgere di uma nuova obbligazione, donde il suo nome"*. Na prática, renova-se a dívida, faz-se outro contrato, relega-se a anterior ao passado, à extinção, o que mais acontece com as entidades do Sistema Financeiro Nacional. [...]

[8] RIZZARDO, Arnaldo. Direito das Obrigações: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 7. ed. Rio de Janeiro: 2013, p. 385.

> Subsume-se a dívida anterior em uma nova conta, inutilizando-se o contrato que vigia, e formalizando-se outro em lugar daquele. **É como se nunca existisse a dívida que vem a ser celebrada, com o capital então envolvido, os encargos, os juros daquela que existia antes.** [...]
> [...]
> Forma-se uma nova obrigação para extinguir a anterior. Converte-se uma obrigação em outra. Significa uma forma indireta de pagamento. Aparece um novo débito, que decorre da extinção do anterior. Desaparece o que foi celebrado, e um novo advém. Cria-se um vínculo e extingue-se outro. [...] (grifo nosso)

Essencialmente, a novação tem como elemento basilar a extinção de uma obrigação e criação de uma nova, desnaturando totalmente o contrato original, que passa a não mais existir, não exercendo mais efeitos no mundo jurídico. O que vale, agora, pós obrigação novada, é o novo instrumento, as novas regras, cláusulas, prazos, garantias etc.

Importante o aclaramento, mesmo que sucintamente, do instituto da novação prevista originariamente no Código Civil Brasileiro (desde o revogado Código de 1916), para ultrapassarmos as resistências a seguir.

3.1 A VISÃO DOGMÁTICA DA DOUTRINA ESPECIALIZADA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O Parágrafo 1º do artigo 49 da Lei de Recuperação Judicial e Falências[9] proclama a conservação dos direitos e garantias dos credores em face dos coobrigados do devedor principal, em recuperação judicial.

A manutenção dessas garantias e obrigações em nada desnatura, na nossa ótica, o instituto da novação tal qual como previsto no artigo 360 do Código Civil Brasileiro. Preservar-se hígidas as garantias de uma obrigação não antagonizam com o instituto da novação propriamente dito. O que é antagônico, com a devida vênia, é a execução imediata destas garantias, mesmo sob o regime novatório da recuperação judicial, enquanto adimplido o plano de reestruturação da empresa.

De qualquer forma, essa não é a visão majoritária da doutrina, que assevera existir sim uma novação *sui generis* no caso das obrigações sujeitos ao plano de recuperação judicial e por ele novados.

---

[9] Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.
§ 1º Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

A doutrina especialista em regime recuperacional e insolvências, embora não olvide das características inerentes do instituto da novação, posiciona-se numa corrente eminentemente positivista, conservadora, quando apregoa, praticamente de forma unânime, a possibilidade de execução imediata das garantias resguardadas em face do devedor coobrigado.

Vejamos o que diz Amador Paes de Almeida, em seu Curso de falência e recuperação de empresa[10]:

> Novação é uma substituição de uma obrigação por outra. Na lição de Pedro Orlando: "é a transmutação ou conversão de uma obrigação em outra. Dá-se: 1º) quando o devedor contrai com o credor nova dívida para extinguir e substituir a anterior; 2º) quando o novo sucede ao antigo, ficando este quite com o credor; 3º) quando, em virtude da obrigação nova, outro credor é substituído ao antigo, ficando o devedor quite com este. No primeiro caso, a novação se diz objetiva, e, nos outros dois, subjetiva.
> O art. 59 da Lei Falimentar contempla a novação objetiva: "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..."
> O plano de recuperação envolve novação de dívidas e, uma vez deferido o pedido da recuperação judicial, devem os credores a ela submeter-se.
> [...]
> Os créditos sujeitos aos efeitos da recuperação judicial têm asseguradas as garantias (art. 59) atribuídas a seus créditos. Em tais condições, subsistem as garantias decorrentes da fiança e avais de terceiros, facultado ao credor executá-las.

É que a *recuperação judicial implica novação dos créditos sujeitos ao plano de reestruturação, obrigando o devedor e todos os credores a ele submetidos,* ***sem prejuízo das garantias****, observado o disposto no § 1º do art. 50 desta Lei.*[11]

Em clássica obra, comentando a Lei n.º 11.101/05 artigo por artigo, Manoel Justino Bezerra Filho[12] também leciona partindo o instituto geral da novação, para então direcionar sua doutrina positivista alicerçada na disposição do artigo 59 do referido diploma legal, senão vejamos:

> O artigo prevê que a aprovação do plano de recuperação implica novação dos créditos anteriores ao pedido, novação que ocorre conforme previsto no art. 360 do CC/2002. Todos os credores sujeitos ao plano estão obrigados a ele, mantendo-se, porém, intocadas as garantias reais anteriormente existentes

---

[10] ALMEIDA, Amador Paes. Curso de falência e recuperação de empresa: de acordo com a Lei n. 11.101/2005. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 338.
[11] Art. 59 da Lei Federal n.º 11.101/05.
[12] BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação Judicial de Empresas e Falência – Lei 11.101/2005 Comentada artigo por artigo. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 172.

> sobre bens, bens estes que somente poderão ser liberados ou substituídos com expressa anuência do titular da garantia (§ 1º do art. 50).
> [...]
> Portanto, se concedida a recuperação na forma do art. 58, fica automaticamente sustada a previsão do § 4º do art. 6º, de tal forma que permanecerão suspensas as ações e execuções contra o devedor. Porém, as execuções contra os coobrigados não sofrem qualquer interferência, na forma do que dispõe o § 1º do art. 49, reiterada tal posição neste art. 59, que faz ressalva expressa ao mencionar que a novação se dá "sem prejuízo das garantias". Este, aliás, é o sistema de nossa legislação, repetindo-se aqui o que já vinha previsto no art. 148 do Decreto-lei 7.661/1945, para a concordata.

A nossa crítica, de conotação construtiva, continua fundamentada nas premissas originárias da própria novação como conceito geral de direito das obrigações, sem desnaturar, em hipótese alguma, a conservação das garantias dos credores preconizada no artigo 59 da Lei de Recuperação Judicial e Falências. Entretanto, a interpretação que entendemos melhor se coadunar com o próprio instituto da recuperação judicial, mantendo-se a sintonia com os demais preceitos de direito, é que essas garantais somente poderão ser executadas na hipótese de inadimplemento do plano de recuperação judicial.

Talvez, sutilmente, encontramos SALOMÃO[13] um feixe desse entendimento aqui defendido. Vejamos:

> A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções nem induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória.
> É que o plano de recuperação judicial opera uma novação *sui generis* e sempre sujeita a condição resolutiva, que é o eventual descumprimento do que ficou acertado no plano, circunstância que a diferencia, sobremaneira, daqueloutra, comum, prevista na lei civil.

O próprio autor cunha a expressão "novação *sui generis*", em decorrência do afastamento do instituto primordialmente estabelecido no Código Civil Brasileiro. Entretanto, cita, de forma despretensiosa, que eventual descumprimento do plano de recuperação judicial levará à inevitável resolução da novação preestabelecida no artigo 59 da LRF, ao encontro do defendido nestas singelas linhas. Somente a partir daí é que se autorizaria redirecionar a pretensão executiva em face dos coobrigados.

---

[13] SALOMÃO, Luis Felipe. SANTOS, Paulo Penalva. Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 41.

3.2 O CONTEXTO JURISPRUDENCIAL E A DICOTOMIA ENTRE MANUTENÇÃO DAS GARANTIAS E A EXECUÇÃO IMEDIATA

A jurisprudência não destoa tanto da contextualização doutrinária acerca da exegese da novação *sui generis* prevista na Lei de Recuperação Judicial e Falências, decorrente da aprovação do plano de reestruturação judicial. Justamente por isso evidenciamos no limiar deste capítulo a importância de se debater a novação prevista na LREF e o contexto interpretativo acerca da manutenção das garantias mesmo após esta novação excepcional.

Objetivamente, o Enunciado da Súmula 581 do Superior Tribunal de Justiça, já denuncia o cenário encontrado na jurisprudência pátria. Vejamos o seu teor:

> A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das ações e execuções ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória.

Essa é a corrente positivista da jurisprudência nacional, que impera também na doutrina, defendendo a tese da novação especial. Entretanto, como demonstraremos com mais acuidade no capítulo a seguir, em que pese o respeito à posição majoritária, parece-nos que aceitar o discurso legislativo na forma como se evidencia na Lei n.º 11.101/05 fomenta a insegurança jurídica que já assoma o país naturalmente, uma vez que, admitir o prosseguimento das execuções em face dos coobrigados, mesmo sem o inadimplemento do plano de recuperação judicial, pode ensejar, além da falta de isonomia entre os credores, o enriquecimento ilícito de um credor, que poderia vir a receber em ambas as obrigações: por intermédio do plano de recuperação judicial e individualmente pela execução dos coobrigados.

Entretanto, se olharmos pelo viés da colegialidade, da supremacia dos interesses dos credores, talvez possamos desenhar um novo cenário para a posição dos coobrigados e respectivas garantias, dentro do conturbado processo de recuperação judicial. É que, através dessa ótica, tanto a doutrina como a jurisprudência vêm autorizando a mitigação da corrente positivista, ao autorizar que o plano de recuperação judicial, se aprovado em assembleia com cláusula de suspensão das garantias, essa decisão colegiada deve ser respeitada,

Esse entendimento vai ao encontro da defesa aqui exposta, visto que na ótica do operador do direito, que se encontra no dia a dia dos processos de recuperação judicial, autorizar a execução imediata das garantias (aqui especialmente tratados os coobrigados), causaria prejuízos diretos ao próprio procedimento de reestruturação judicial, desnaturando o seu objetivo.

É que, não podemos olvidar que praticamente todas as linhas de créditos ofertadas pelas instituições financeiras (via de regra, maiores credores dos processos de recuperação judicial) exigem a coobrigação dos sócios e administradores das companhias. Entretanto, se a obrigação é sujeita aos efeitos da recuperação judicial, seja o coobrigado sócio ou não da companhia, deve-se primeiro observar o adimplemento da dívida pelo devedor principal, qual seja, a companhia em processo de reestruturação judicial.

Acerca do protagonismo e da autonomia da vontade dos credores no processo de recuperação judicial, legitimando a tese da preservação das garantias com cláusula suspensiva, vejamos o viés doutrinário[14]:

> Diferentemente do que ocorria no regime anterior, em que a concordata era imposta aos credores após a avaliação judicial acerca do simples cumprimento de certos requisitos, a LREF reservou um papel de destaque aos credores nos regimes de crise, tanto na recuperação judicial quanto na recuperação extrajudicial, além de tê-lo feito, também, na falência. O credor passa, então, de coadjuvante a protagonista na cena dos regimes da LREF.
> Na recuperação judicial, a aprovação do plano depende da chancela dos credores reunidos em assembleia (aprovação expressa) ou, no mínimo, da não apresentação de objeções ao plano (aprovação tácita) conforme se depreende do exame dos arts. 55 e 56. [...]
> As regras que preveem uma participação ativa dos credores consistem em uma importante mudança de perspectiva. Afinal de contas, como são os credores que sofrerão os efeitos da recuperação, nada mais justo que o poder decisório acerca disso recaia sobre eles. Ademais, parte-se da premissa de que os credores tenderão a cooperar para a solução da crise do credor, pois os resultados advindos da conduta cooperativa costumam ser economicamente mais eficientes.

Manoel Justino Bezerra Filho[15] engrossa esse coro:

> O coobrigado apenas ficará liberado da garantia que prestou se tal liberação constar especificamente do plano de recuperação e vier a ser aprovada na AGC. Para que a liberação ocorra, não há necessidade de aprovação obrigatória do credor que perde a sua garantia, pois a deliberação aprovada pela AGC obriga todos os credores, mesmo os que votaram contra o que foi deliberado. [...] p. 173.

Sem dúvida este seria um alento para a transformação na jurisprudência que viu, neste mesmo Superior Tribunal de Justiça, de um lado sumulada a prerrogativa de prosseguimento das ações e execução contra os garantidores, e de outro um feixe de luz quando do julgamento

---

[14] SCALZILLI, João Pedro, SPINELLI, Luis Felipe e TELLECHEA, Rodrigo. Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2017, p. 78/79.
[15] BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação Judicial de Empresas e Falência – Lei 11.101/2005 Comentada artigo por artigo. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 72.

do Recurso Especial n.º 1532943/MT, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, da Terceira Turma, assim ementado:

> RECURSO ESPECIAL. CONTROLE JUDICIAL DE LEGALIDADE DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL APROVADO PELA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES.
> POSSIBILIDADE, EM TESE. **PREVISÃO DE SUPRESSÃO DAS GARANTIAS FIDEJUSSÓRIAS E REAIS NO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DEVIDAMENTE APROVADO PELA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES. VINCULAÇÃO, POR CONSEGUINTE, DA DEVEDORA E DE TODOS OS CREDORES, INDISTINTAMENTE.** RECURSO ESPECIAL PROVIDO.
> 1. Afigura-se absolutamente possível que o Poder Judiciário, sem imiscuir-se na análise da viabilidade econômica da empresa em crise, promova controle de legalidade do plano de recuperação judicial que, em si, em nada contemporiza a soberania da assembleia geral de credores. A atribuição de cada qual não se confunde. À assembleia geral de credores compete analisar, a um só tempo, a viabilidade econômica da empresa, assim como da consecução da proposta apresentada. Ao Poder Judiciário, por sua vez, incumbe velar pela validade das manifestações expendidas, e, naturalmente, preservar os efeitos legais das normas que se revelarem cogentes.
> 2. **A extinção das obrigações, decorrente da homologação do plano de recuperação judicial encontra-se condicionada ao efetivo cumprimento de seus termos. Não implementada a aludida condição resolutiva, por expressa disposição legal, "os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originariamente contratadas" (art. 61, § 2º, da Lei n. 11.101/2005).**
> 2.1 Em regra, a despeito da novação operada pela recuperação judicial, preservam-se as garantias, no que alude à possibilidade de seu titular exercer seus direitos contra terceiros garantidores e impor a manutenção das ações e execuções promovidas contra fiadores, avalistas ou coobrigados em geral, a exceção do sócio com responsabilidade ilimitada e solidária (§ 1º, do art. 49 da Lei n.
> 11.101/2005). E, especificamente sobre as garantias reais, estas somente poderão ser supridas ou substituídas, por ocasião de sua alienação, mediante expressa anuência do credor titular de tal garantia, nos termos do § 1º do art. 50 da referida lei.
> 2.2 **Conservadas, em princípio, as condições originariamente contratadas, no que se insere as garantias ajustadas, a lei de regência prevê, expressamente, a possibilidade de o plano de recuperação judicial, sobre elas, dispor de modo diverso (§ 2º, do art. 49 da Lei n. 11.101/2009).**
> 3. **Inadequado, pois, restringir a supressão das garantias reais e fidejussórias, tal como previsto no plano de recuperação judicial aprovado pela assembleia geral, somente aos credores que tenham votado favoravelmente nesse sentido, conferindo tratamento diferenciado aos demais credores da mesma classe, em manifesta contrariedade à deliberação majoritária.**
> 3.1 Por ocasião da deliberação do plano de recuperação apresentado, credores, representados por sua respectiva classe, e devedora procedem às tratativas negociais destinadas a adequar os interesses contrapostos, bem avaliando em que extensão de esforços e renúncias estariam dispostos a suportar, no intento de reduzir os prejuízos que se avizinham (sob a perspectiva dos credores), bem como de permitir a reestruturação da empresa em crise (sob o enfoque da

> devedora). E, de modo a permitir que os credores ostentem adequada representação, seja para instauração da assembléia geral, seja para a aprovação do plano de recuperação judicial, a lei de regência estabelece, nos arts. 37 e 45, o respectivo quorum mínimo.
> 4. **Na hipótese dos autos, a supressão das garantias real e fidejussórias restou estampada expressamente no plano de recuperação judicial, que contou com a aprovação dos credores devidamente representados pelas respectivas classes (providência, portanto, que converge, numa ponderação de valores, com os interesses destes majoritariamente), o que importa, reflexamente, na observância do § 1º do art. 50 da Lei n. 11.101/2005, e, principalmente, na vinculação de todos os credores, indistintamente.**
> 5. Recurso especial provido.
> (REsp 1532943/MT, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 10/10/2016) (grifo nosso)

Veja-se, pois, que a análise jurisprudencial traz um verdadeiro alento aos devedores coobrigados da recuperanda, ao declarar a legalidade da supressão (devendo ser interpretada como suspensão, haja vista a previsão legal de manutenção) das garantias, tal como aprovado no plano de recuperação judicial, pela coletividade dos credores, vinculando, como não poderia ser diferente, a totalidade dos credores, em homenagem ao princípio da autonomia da assembleia geral de credores. Se depreende, ainda, que a posição jurisprudencial deixa claro que, na hipótese de descumprimento do plano, como aprovado pelos credores, implicará verdadeira cláusula resolutiva, que consequencialmente irá reestabelecer as garantias anteriormente suprimidas pela cláusula suspensiva, por disposição assemblear.

Encontramos também essa mesma posição na doutrina de Luiz Roberto Ayoub e Cássio Cavalli[16], *in verbis*:

> Nada obsta, entretanto, a que o plano de recuperação judicial contenha cláusula de acordo com a qual o credor renuncia à garantia fidejussória. A jurisprudência é pela "validade da cláusula que estendeu a novação aos demais coobrigados, limitando, no entanto, a extensão de seus efeitos.

O autor vai ao encontro da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao defender a juridicidade da cláusula de renúncia temporária das garantias, como condição suspensiva aprovada pela coletividade de credores em assembleia geral.

---

[16] AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 62.

A autonomia da vontade e a soberania da assembleia geral de credores é esboçada por Luis Felipe Salomão e Paulo Penalva Santos, *in* Recuperação judicial, extrajudicial e falência[17], *litteris*:

> A lei, na verdade, tenta reverter a tendência de descaso dos credores, que ocorre logo após o malogro do devedor, seja quando requer a recuperação, seja, principalmente, na falência.
> De fato, com maior participação dos credores, os resultados obtidos nos processos judiciais de falência e recuperação são muito mais adequados às soluções de mercado, evitando-se, também, ocorrência de fraudes na execução do plano.
> Sem mencionar, por óbvio, que haverá mais democracia no processo decisório, sobretudo quanto ao destino da empresa em dificuldade.

Essa discricionariedade da assembleia geral de credores encontramos em WARDE JR. e PEREIRA[18]:

> O processo de recuperação judicial, com efeito, é, por um lado, marcado por certo grau de autonomia e discricionariedade das partes, o que se mostra – para citar apenas alguns exemplos – pelas circunstâncias de que a sua propositura é uma faculdade do devedor (Lei nº 11.101/05, art. 48) e de que são os credores que aprovam o plano de recuperação (arts. 35, I, "a", e 56) proposto pelo devedor (art. 53); o que inclusive já levou a se dizer que, na aprovação do plano, desenvolve-se uma "nova relação negocial" entre devedor e credores.

À toda evidencia, sem embargo da dominância da linha positivista que se volta para a manutenção da persecução das garantias dos coobrigados, o esboço mostrado através da autonomia da vontade da colegialidade de credores e a consequente soberania assemblear, acena como um paliativo para equacionar a suspensividade da execução dos garantes.

Não podemos confundir, entretanto, essa condição suspensiva como uma espécie de afronta à disposição legal do Parágrafo 1º do artigo 49 da Lei Federal n.º 11.101/05, que preconiza a manutenção das garantias em face dos coobrigados. Contudo, essa previsão legal deve ser interpretada com as ressalvas da execução somente após (e se) ocorrida a inadimplência do plano de recuperação judicial por parte da recuperanda.

---

[17] SALOMÃO, Luis Felipe. SANTOS, Paulo Penalva. Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 32.

[18] WARDE JR., Walfrido Jorge. PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Discricionariedade da Assembleia Geral de Credores e Poderes do Juiz na Apreciação do Plano de Recuperação Judicial. In 10 Anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Reflexos sobre a Reestruturação Empresarial no Brasil. Coord. Luis Vasco Elias. São Paulo; Quartier Latin, 2015, p. 491/492.

4. AS IDIOSSINCRASIAS DA NÃO SUSPENSÃO DAS AÇÕES E EXECUÇÕES EM FACE DOS COOBRIGADOS DO DEVEDOR SUJEITO AO REGIME DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Demonstradas as vertentes legalista, calcada na observância nua e crua da lei, bem como a que aqui chamaremos de garantista, alicerçada na hegemonia da assembleia geral de credores e da autonomia da vontade da colegialidade, traçaremos algumas breves considerações acerca das incongruências que encontramos no decorrer do estudo do tema em voga, se se concordar, sem ressalvas, com a possiblidade de expropriação dos coobrigados imediatamente, não se aproveitando do *stay period* também para esses.

Pois bem. Retornando ao instituto da novação originária, prevista no Código Civil Brasileiro, importa destacar algumas das consequências imediatas inerentes ao próprio instituto, e que se encontram sedimentadas no ordenamento jurídico brasileiro.

O professor Arnaldo Rizzardo[19] discorre com acuidade acerca dessas premissas da novação. Vejamos:

> Um outro efeito da maior relevância vem na primeira parte do art. 364 (art. 1.003 do Código revogado): **a extinção dos acessórios e das garantias**: "A novação extingue os acessórios e garantias da dívida, sempre que não houver estipulação em contrário". Tanto na novação objetiva como na subjetiva, a eliminação da obrigação antiga traz a eliminação das garantias e dos acessórios. Desaparecem, pois, multas, a cláusula penal, **a fiança, a hipoteca**, o penhor. Excepciona-se a hipótese de disposição em contrário, desde que não envolva terceiros, como lembrava Clóvis: "Se for envolvido na relação algum terceiro, cujas obrigações sejam conservadas, apesar da substituição novatória, será necessário que o consentimento dele dê validade ao ato".
> [...] **É claro que terceiros não podem ficar comprometidos nas relações em que estiveram pessoas alheias** [...]
> No acima exposto abrange-se o art. 366 (art. 1.006 do Código revogado), especificamente quanto ao fiador: "Importa exoneração do fiador a novação feita sem o seu consenso com o devedor principal." É que o fiador obrigou-se com determinado devedor, e não com o que veio depois. Ademais, extinta a obrigação principal, e, na novação, a primitiva, segue no mesmo rumo a acessória. [...] (grifo nosso)

As disposições dos artigos 364 a 366 do Diploma Civil Brasileiro[20] preconizam a aniquilação dos acessórios e garantias da dívida novada, como cláusulas pétreas e indissociáveis

---

[19] RIZZARDO, Arnaldo. Direito das Obrigações: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 7. ed. Rio de Janeiro: 2013, p. 386 e 392.

[20] Art. 364. A novação extingue os acessórios e garantias da dívida, sempre que não houver estipulação em contrário. Não aproveitará, contudo, ao credor ressalvar o penhor, a hipoteca ou a anticrese, se os bens dados em garantia pertencerem a terceiro que não foi parte na novação.

do próprio instituto da novação. Ocorrendo a novação entre o credor e apenas um dos devedores, somente o devedor principal responde com seus bens para com a nova obrigação (art. 365 do CC). Ainda, a novação realizada sem o consenso do coobrigado, importa exoneração do fiador, consoante dicção do artigo 366 do CC.

Dando sequência à sua obra, o autor[21] traz uma severa crítica ao que podemos identificar à novação *sui generis* aqui comentada, o fazendo por analogia, citando o exemplo das cédulas rurais, industriais, hipotecárias ou pignoratícias que mantêm hígidas as suas garantais originais, mesmo após operada a novação. Vejamos:

> [...] Na verdade, a nova concepção moderna passou a servir de instrumento para o mercantilismo, com o que se desvincula o contrato original de todos os vícios que tinha. [...]
> A novação, pois, não pode prescindir do significado da palavra.
> [...]
> O pagamento de dívida antiga e o surgimento de uma nova, ou a troca dívida antiga por uma nova – este o principal efeito da novação. Com o desaparecimento da antiga, há uma série de decorrências: cessam os juros porventura incidentes na obrigação antiga, especialmente se já vencida; não mais há o estado de mora, se igualmente vencida a obrigação, com o que se tranca a possível lação oferecida para exigir a satisfação da obrigação.
> [...]
> O mais grave, porém, está em que, embora a novação, ficam mantidas as garantias reais que protegiam as dívidas antes da renegociação. **Se, pelos princípios vistos, a novação importa em criar uma nova obrigação com a extinção da anterior, não podem subsistir as cédulas rurais ou industriais, hipotecárias ou pignoratícias, admitidas unicamente para dívidas dirigidas para os financiamentos específicos.** Uma vez efetuada a renegociação, é primário que não mais persiste qualquer financiamento. (grifo nosso)

Essa crítica é congruente, mesmo quando trazemos para o bojo do processo de recuperação judicial, sob o manto da Lei 11.101/05. Resta evidente que o instituto da novação, na sua origem e núcleo, não admite a excepcionalidade que se quis através da LRF. O que não significa, contudo, que as garantias seriam exoneradas, mas tão somente suspensas temporariamente, como uma verdadeira condição suspensiva.

Mas não precisamos ir longe para encontrar idiossincrasias na própria lei de regência do processo recuperacional. Veja-se que os mesmos credores que defendem a preservação e a imediata execução dos coobrigados, não se encontram com seus créditos excluídos dos efeitos

---

Art. 365. Operada a novação entre o credor e um dos devedores solidários, somente sobre os bens do que contrair a nova obrigação subsistem as preferências e garantias do crédito novado. Os outros devedores solidários ficam por esse fato exonerados.
Art. 366. Importa exoneração do fiador a novação feita sem seu consenso com o devedor principal.
[21] Ibdem, p. 386, 392 e 395

do processo de recuperação judicial. Antes pelo contrário, em aparente tratamento diferenciado (amplamente rechaçado pela lei especial), ao mesmo tempo que perseguem os garantes, têm seus créditos devidamente habilitados no processo de recuperação judicial, podendo, a qualquer momento, receber por intermédio da novação que eles mesmo rechaçam, ocasionando, sem dúvida, uma insegurança jurídica generalizada. Ou seja, como diria a sabedoria popular, *"o melhor dos dois mundos"*.

Essa insegurança jurídica fica evidente em AYOUB[22], quando o autor comenta acerca da sub-rogação dos coobrigados no crédito eventualmente por ele satisfeito. É que, para a doutrina maior, o coobrigado somente se sub-roga no limite do crédito previsto no plano de recuperação judicial e não no valor que efetivamente arcou pela dívida do devedor principal. Vejamos:

> O coobrigado que paga, de regra, sub-roga-se no crédito contra aos demais coobrigados (art. 259, parágrafo único, CC), incluída, aí, a empresa devedora. [...] O coobrigado que pagou deve habilitar-se na recuperação judicial para receber o valor a que teria direito o credor originário, em conformidade com o plano de recuperação. [...]
> **O coobrigado que paga habilita seu crédito para receber o valor previsto no plano, e não a integralidade do valor que pagou a credor, em que pese a opinião contrária de José da Silva Pacheco, a sustentar a possibilidade de o coobrigado que pagou a dívida cobrá-la integralmente da sociedade empresária em recuperação.** (grifo nosso)

Aqui temos a receita da insegurança jurídica, da incongruência, da desarrazoabilidade e desproporcionalidade, ocasionando uma verdadeira desvirtuação do próprio instituto da novação. Por essa ótica, o coobrigado, então, deveria imediatamente se habilitar no processo de recuperação judicial? Pensamos que não.

A própria doutrina[23] diverge na interpretação dada à matéria, inclusive chegando ao ponto de reconhecer a *imprecisão* da lei quando trata da manutenção das garantias em face dos coobrigados e garantidores, vejamos:

> Ainda em âmbito doutrinário, entretanto, há quem sustente que as garantias, quando forem acessórias ao crédito sujeito à recuperação judicial, devem ter o mesmo tratamento que o crédito principal. Nesse sentido é o escólio de Rachel Sztajn, que entrevê na redação do art. 49, § 1º, da LRF *certa imprecisão*, daí por que sustenta que se deve "interpretar o parágrafo no sentido de que as garantias, como acessório, seguem o principal, o crédito. Em

[22] AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 65.
[23] AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 58/60.

> assim sendo, ficam elas subordinadas às mesmas condições que incidam sobre os créditos garantidos, ou seja, não podem ser excutidas de imediato.
> [...]
> Apesar de não aproveitar aos coobrigados, a recuperação não prejudica a posição dos coobrigados com a empresa devedora, de modo que o credor poderá cobrá-los tão somente após o vencimento e pelo valor original de sua obrigação, conforme previsão no plano de recuperação.

A lição doutrinária nos remonta à origem do instituto da novação e suas consequências diretas, ao dar a interpretação praticamente idêntica daquela prevista nos artigos 364 a 366 do Código Civil Brasileiro, asseverando que as garantias devem ser interpretadas como acessórios, seguindo o principal, sujeitas, então, aos efeitos do plano de recuperação judicial, não podendo ser objeto de execução sumária, mas sim somente na hipótese de inadimplemento do referido plano, o que nos parece, à toda vista, a interpretação que mais entrega coerência, segurança jurídica e razoabilidade aos jurisdicionados.

5 CONCLUSÃO

Dissertamos neste artigo acerca da suspensão das ações e execuções previstas no artigo 6º da Lei Federal n.º 11.101/05 (o chamado *stay period*) e os seus reflexos sobre os coobrigados do devedor em recuperação judicial. Como uma verdadeira moratória, esse instituto propicia à empresa em recuperação judicial um fôlego temporal indispensável para iniciar as tratativas de renegociação das dívidas e as formas de reestruturação e pagamento de seu passivo.

Apresentamos a visão majoritária da doutrina e da jurisprudência, que excluem os devedores coobrigados da moratória legal, justificada pela posição positivista adotada a partir da leitura do Parágrafo 1º do artigo 49 da LRF, que preconiza a preservação das garantias dos credores do devedor em recuperação judicial, o que autorizaria, em tese, a sua execução imediata.

Não podemos desnaturar, entretanto, as incongruências que essa interpretação dá aos próprios objetivos do processo de recuperação judicial, indo de encontro com o instituto da novação originário. Para avaliar a possiblidade de se aproveitar da suspensão das ações e execuções prevista no artigo 6º da LRF também para os coobrigados, é indispensável que façamos a associação com o instituto da novação.

Sabemos que, na sua essência, a novação tem como princípio básico a extinção de uma obrigação e criação de uma nova, desconfigurando-se a obrigação original. Entretanto, para a Lei n.º 11.101/05, a novação ganha aspectos *sui generis*, onde, mesmo sem a aquiescência do

garantidor, mesmo que novado o crédito por força do plano de recuperação judicial, o credor preservaria a faculdade de execução imediata do garantidor ou da garantia, o que autorizaria, em tese, a sua execução imediata, como defende a doutrina e jurisprudência majoritárias.

Contudo, sem olvidar da prevalência dessa linha positivista de interpretação, o estudo aqui desenvolvido nos mostra algumas considerações que devem ser observadas, especialmente a partir da autonomia da vontade e da soberania do colégio de credores, quando no plano de recuperação judicial, aprovado, houver cláusula suspensiva de execução das garantias. Enquanto cumprido o plano de recuperação judicial, não há plausibilidade para se sacrificar os garantidores, eis que o crédito não se encontra inadimplido.

Vimos, também, que autorizar a expropriação imediata dos coobrigados nos leva a idiossincrasias com os institutos da novação e da própria recuperação judicial.

A doutrina nos ensina que o instituto da novação traz consequências imediatas à obrigação e que não pode se desnaturar através da interpretação positiva da Lei Especial. Se as garantais são interpretadas como acessórios, devem seguir o principal, sujeitando-as aos efeitos da recuperação judicial. Logo, não poderiam, ser executadas sumariamente, mas somente na hipótese de inadimplemento da dívida novada, eis que as garantias são preservadas por disposição da Lei n.º 11.101/05. À toda prova, essa nos parece a interpretação mais coerente, sob o olhar da segurança jurídica.

Preservar hígidas as garantias da obrigação, mas autorizar a sua execução somente na hipótese de descumprimento do plano de recuperação judicial (ao encontro do que defendemos ser a melhor interpretação para o Parágrafo 1º do artigo 49 da LRF), de forma alguma antagoniza com a novação *sui generis* prevista na Lei Especial.

Logo, se a devedora principal, em processo de recuperação judicial, vê as ações e execuções suspensas a partir do deferimento do processo de recuperação judicial, constitui-se assim uma condição suspensiva temporária das obrigações. Oportunamente, novada a dívida com a aprovação do plano de recuperação judicial, a recuperanda somente pode ser executada na hipótese de inadimplência do plano de recuperação judicial.

Corolário lógico, instituída a novação, com cláusula suspensiva da exigência das garantias, o período de suspensão das ações e execuções (*stay period*) deveria ser aproveitado pelos coobrigados, uma vez que não se mostraria razoável a execução sumária destes, pendendo de apreciação o plano de recuperação judicial e de deliberação dos próprios credores.

REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

ALMEIDA, Amador Paes. **Curso de falência e recuperação de empresa**: de acordo com a Lei n. 11.101/2005. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas.** Rio de Janeiro: Forense, 2017.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação Judicial de Empresas e Falência** – Lei 11.101/2005 Comentada artigo por artigo. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado. Federal. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm]. Acesso em 14.07.2018.
BRASIL. Lei Federal n.º 11.101/05. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm]. Acesso em 14.07.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1532943/MT. Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma,. Julgado em 13.09.2016, DJe 10.10.2016. Disponível em [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201501163444&dt_publicacao=10/10/2016]. Acesso em 28.07.2018.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Súmula 581**. Disponível em [http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27581%27]. Acesso em 28.07.2018.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa**: O novo regime da insolvência empresarial. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CEREZETTI, Sheila C. Neder. PEREIRA. Princípio da preservação da empresa. **In Tratado de direito comercial**, volume 7: falência e recuperação de empresa e direito marítimo. Coord. Fábio Ulhoa Coelho. São Paulo: Saraiva, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas: (Lei n. 11.101, de 9-2-2005). 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de direito comercial: direito de empresa. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

IMHOF, Cristiano. Lei de Falências e de Recuperação de Empresas e sua Interpretação Jurisprudencial – Anotado Artigo por Artigo. 1. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito das Obrigações: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 7. ed. Rio de Janeiro: 2013.

SCALZILLI, João Pedro, SPINELLI, Luis Felipe e TELLECHEA, Rodrigo. Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2017.

SALOMÃO, Luis Felipe. SANTOS, Paulo Penalva. Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. Tratado de direito falimentar. 1. ed. Rio de Janeiro: 2008.

WARDE JR., Walfrido Jorge. PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Discricionariedade da Assembleia Geral de Credores e Poderes do Juiz na Apreciação do Plano de Recuperação Judicial. *In* 10 Anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Reflexos sobre a Reestruturação Empresarial no Brasil. Coord. Luis Vasco Elias. São Paulo; Quartier Latin, 2015.

O JUÍZO UNIVERSAL E O FISCO: O Princípio da Preservação da Empresa (e o Interesse Público) como Vetor Axiológico do Juízo Universal e consequente submissão do Fisco ao controle de expropriação de ativos

César Zenker Rillo[24]

Resumo: O presente estudo abordará a temática do Juízo Universal da recuperação judicial, centrando-se em suas exceções, exatamente para fins de sistematização das mesmas, e a partir disto, se buscar a razão fundamental de tais exceções, inclusive com a leitura do Juízo Universal a partir do Princípio da Preservação da Empresa, focando-se ao final do estudo no crédito tributário, de forma a demonstrar se este de alguma forma se submete ao Juízo Universal, e caso positivo, em que medida.

Palavras-chave: Recuperação Judicial. Juízo Universal. Princípio da Preservação da Empresa. Exceções Legais. Crédito Tributário.

Abstract: The present study will approach the theme of the Universal Judgment of judicial recovery, focusing on its exceptions, precisely for the purpose of systematizing them, and from this, if we seek the fundamental reason for such exceptions, including with the reading of the Judgment Universal from the Principle of Company Preservation, focusing on the end of the study in the tax credit, in order to demonstrate if this one somehow submits to the Universal Judgment, and if so, to what extent.

Keywords: Judicial Recovery. Universal Judgment. Principle of Company Preservation. Legal Exceptions. Tax Credit.

Sumário: 1. Introdução. 2. Juízo universal e princípio da preservação da empresa. 3. Exceções legais ao juízo universal na recuperação judicial. Proposta de sistematização: (i) exceções processuais; (ii) exceções materiais. 4. Posição do fisco ("crédito tributário"). Exceção processual e material. Juízo universal, princípio da preservação da empresa, princípio da igualdade e interesse público. 5. Conclusão. 6. Bibliografia

[24] Advogado Sócio Diretor da Martins Rillo Advogados. Especialista em Direito Tributário pelo IBET – Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. MBA em Gestão Econômica e Financeira de Empresas pela FGV – Fundação Getúlio Vargas. Membro efetivo da FESDT – Fundação Escola Superior de Direito Tributário. Membro da Comissão Permanente de Recuperação de Empresas da FEDERASUL – Federação de Entidades Empresariais do Rio Grande do Sul. Membro da Comissão de Falências e Recuperação Judicial da OAB/RS. Membro associado do TMA Brasil.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade a análise de um tema que não somente não é novo, como também é objeto de acalorados debates, seja no âmbito da doutrina como no da jurisprudência, qual seja, o Juízo Universal da recuperação judicial, com sua *"vis attractiva"*, em cotejo com a não sujeição do débito de natureza tributária.

No segundo capítulo, logo após esta introdução, será analisado e conceituado o juízo universal, inclusive com o relacionamento deste com o princípio da preservação da empresa, de forma a se verificar se este se afigura como pressuposto daquele, de alguma forma e em que medida.

Em seguimento, no terceiro capítulo serão analisadas todas as exceções legais ao juízo universal, como dispostas na Lei nº 11.101/05, e outras legislações especiais, bem como proposta sistematização destas exceções legais, de forma a organizar o estudo para o capítulo subsequente.

Avançando o tema, no quarto capítulo efetivamente se aborda a posição do Fisco perante o juízo universal, identificando tal relação a partir do estudo dos capítulos anteriores, e se cotejando as conclusões com argumentos contrários à submissão do Fisco ao juízo universal da insolvência.

Ao final, o capítulo quinto traz as conclusões do estudo, propondo uma sistematização simplificada da análise do juízo universal, permitindo inclusive a identificação da questão do crédito tributário dentro do modelo proposto, de forma a se ter a fundamentação adequada acerca da necessária submissão, ainda que relativa, do Fisco ao juízo universal da insolvência.

2. JUÍZO UNIVERSAL E PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

Passa-se a firmar, inicialmente, a ideia de um Juízo Universal, de qual acepção podemos adotar para tal, bem como a legislação que diretamente o rege, seja na falência ou na recuperação judicial (esta última o interesse focal do presente artigo), e logo a seguir se verifica exceções a este Juízo Universal, pela disposição acerca da não sujeição de créditos ao procedimento recuperacional, ou mesmo por disposições processuais vinculadas à apuração dos créditos.

A Lei nº 11.101/05 traz previsões expressas acerca da universalidade do Juízo falimentar e recuperacional, bem como outros dispositivos que o pressupõem, pela determinação de obstaculização do prosseguimento de demandas perante outros juízos, ou por determinado tempo.

Neste sentido se podem mencionar notadamente os arts. 3º[25], 6º[26], 76[27] da Lei nº 11.101/05, que fixam regras de competência na falência e na recuperação judicial, deixando transparecer que com a decretação da falência ou o deferimento de processamento da recuperação judicial se fixa o Juízo da Insolvência como aquele efetivamente responsável por administrar os interesses e destino dos ativos da empresa (falida ou em recuperação), sendo incumbido de novos pedidos de falência ou de recuperação, ou mesmo demandas nas quais se busque o cumprimento de obrigações do falido ou da recuperanda, que possam influir na sua diminuição de patrimônio.

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II – pelo devedor, imediatamente após a citação.

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

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

[27] Art. 76. O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo.

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

A formação deste Juízo Universal tem por escopo o fato de que o regime concursal envolve a pluralidade de pretensões que se voltam contra um patrimônio, sendo este uma unidade econômica, que portanto não pode ser tratado e onerado por uma diversidade de jurisdições, restando para o autor evidente que somente uma unicidade de jurisdição pode atender a tal conflito (Fazzio Junior, 2015, p. 53/54).

Ao tratar desta necessária unicidade de jurisdição para contemplar os diversos interesses de credores, WALDO FAZZIO JUNIOR assevera que: *"Essa unidade se apresenta como uma indivisibilidade da sede jurisdicional do concurso. Nesse sentido é que se pode falar da 'vis attractiva' do juízo da insolvência"* (Fazzio Junior, 2015, p. 53/54).

A formação do juízo universal visa a garantir a eficácia dos regimes concursais (falência e recuperação judicial) bem como o tratamento paritário entre os credores (respeito ao princípio do *par conditio creditorum*), atraindo e controlando todas as ações que possam afetar o patrimônio uno. O juízo universal, nas palavras de Scalzilli, Spinelli e Telechea, erige-se em medida que visa a *"...estabelecer um sistema de controle sobre as ações que possam afetar o patrimônio do devedor e dos credores sujeitos a um dos regimes em questão, prevenindo decisões contraditórias..."* (Scalzilli, Spinelli, & Tellechea, 2017, p. 141/143).

Portanto, pela análise empreendida acima, pode-se perceber que a lei especial efetivamente trata de um juízo universal tanto no caso da falência como da recuperação judicial, que conforme a doutrina citada importa em uma unidade jurisdicional a concentrar e controlar todas as investidas judiciais contra o patrimônio uno da falida ou recuperanda, de forma a preservar o ativo da empresa em fase de reorganização, e mesmo evitar decisões contraditórias de juízos diversos o que poderia inclusive prejudicar credores, conforme regras do regime concursal de que se esteja tratando.

Ora, como corolário lógico da exposição acima, percebe-se que o juízo universal é técnica judicial em absoluto alinhamento ao Princípio da Preservação da Empresa (art. 47 da Lei nº 11.101/05), pois este importa em norma de alta carga axiológica que direciona a interpretação do sistema normativo da insolvência para a finalidade de manutenção da empresa tanto quanto possível e desejável.

Neste ponto, importante aprofundarmos a análise do princípio da preservação da empresa, iniciando pela leitura do dispositivo legal (art. 47 da Lei nº 11.101/05) que corporifica positivamente tal norma: *"A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica"*.

O teor do art. 47 da Lei nº 11.101/05 é muito claro, expondo como finalidade da recuperação judicial a manutenção da fonte produtora, ou seja, a manutenção efetiva da empresa, "viva", ou seja, evitar-se a "quebra", a "morte" da empresa. Neste sentido Manoel Justino Bezerra Filho ao expor que a legislação especial claramente estabelece uma ordem de prioridades, tendo o aludido princípio como primeiro objetivo a manutenção da fonte produtora, a "vida" da empresa, fato a partir do qual será possível a manutenção de postos de trabalho, e após, evidenciada então a manutenção das atividades da própria empresa, atender-se-á a última finalidade de satisfação dos credores, que poderão ser pagos por seus créditos com os frutos advindos da riqueza gerada pela atividade que não faliu. (Bezerra Filho, 2016, p. 155/156).

Inclusive, Manoel Justino Bezerra Filho é taxativo ao asseverar: *"Deverá o juiz sempre ter em vista, como orientação principiológica, a prioridade que a lei estabeleceu para a 'manutenção da fonte produtora', ou seja, recuperação da empresa"* (Bezerra Filho, 2016, p. 155/156).

Importante se esclarecer, ainda, que se entende que já evidenciado acima, que o princípio da preservação da empresa evidentemente não tem alcance reduzido, no sentido de preservar a empresa em atenção aos interesses de seus sócios e administradores, pois a estes seria prejudicial falir, não é isto, o aludido princípio tem alcance amplo, e preserva a empresa para que esta mantenha-se cumpridora de sua finalidade social, de forma sumária exposta no art. 47 da Lei nº 11.101/05, quando este aduz que serão mantidos empregos e atendidos os interesses dos credores.

Ressaltando a amplitude acima exposta do princípio da preservação da empresa, Waldo Fazzio Junior deixa claro que independentemente da situação de dificuldade, a empresa é uma unidade econômica inserida no mercado, que com ele interage *"...compondo uma labiríntica teia de relações jurídicas com extraordinária repercussão social. É uma unidade de distribuição de bens e/ou serviços. É um ponto de alocação de trabalho, oferecendo empregos. É um elo na imensa corrente do mercado que, por isso, não pode desaparecer, simplesmente, sem causar sequelas"*. (Fazzio Junior, 2015, p. 20).

Ainda, o mesmo não deixa qualquer dúvida acerca da amplitude do princípio da preservação da empresa quando diz que: *"A atividade empresarial desborda dos limites estritamente singulares para alcançar dimensão socioeconômica bem mais ampla. Afeta o mercado e a sociedade..."* (Fazzio Junior, 2015, p. 20).

Ao analisar aludido princípio, Scalzilli, Spinelli e Telechea também focam a preservação da empresa sob este mesmo prisma, ao asseverarem que a empresa é a célula essencial da economia de mercado, cumprindo relevante função social ao estar ativa e

perseguindo lucratividade, pois neste estado as empresas produzem e disponibilizam às pessoas bens e serviços, promovem interações econômicas com as demais empresas do mercado, movimentando assim a economia, pagam salários aos empregados e tributos às Fazendas Públicas, contribuindo assim com o desenvolvimento da comunidade na qual inseridas, enfim, as empresas criam e distribuem riqueza. (Scalzilli, Spinelli, & Tellechea, 2017, p. 82/83).

Portanto, refletindo-se detidamente diante de todo o exposto acima, resta evidente que a preservação da empresa positivada no art. 47 da Lei nº 11.101/05 é efetivo princípio, norma com alta carga axiológica que conduz a interpretação do sistema normativo, estabelecendo fins a serem atingidos, um estado ideal de coisas, impondo assim condutas necessárias à preservação ou realização destes fins e estado de coisas desejado (Ávila, 2004, p. 63).

Exatamente este o caso do princípio da preservação da empresa, que como já visto, estabelece um fim muito claro, um estado de coisas a ser atingido, qual seja, a preservação da empresa enquanto agente econômico que cumpre função social, ou seja, um elo na cadeia econômica que gera empregos, renda, tributos, bens e produtos, gera riqueza de uma forma ampla, inclusive pela manutenção de toda cadeia enquanto elo de uma corrente maior; e portanto, a leitura da preservação da empresa nesta acepção de princípio, indica que se devam buscar condutas que preservem este estado de coisas de manutenção das empresas e da atividade econômica, o tanto quanto possível e efetivamente desejável, logicamente.

E nesta linha de raciocínio, e conforme analisada a figura do juízo universal, inclusive na forma como tratada pela legislação e doutrina, resta evidente que importa em uma técnica judicial a serviço do princípio da preservação da empresa, meio de operacionalização deste, pois impõe condutas de preservação da empresa, ao centralizar em um juízo uno a direção da insolvência, com a "administração" do patrimônio, ativos e passivos, de forma a preservar os interesses de todos, e sobretudo, o primado da preservação da empresa.

Esta relação é expressamente disposta por Ayoub e Cavalli que ressaltam que a suspensão de ações e execuções do art. 6º da Lei nº 11.101/05 encontraria fundamento no princípio da preservação da empresa; e conforme analisado no presente capítulo, o art. 6º é exatamente um dos dispositivos legais que trata da figura do juízo universal. (Ayoub & Cavalli, 2016, p. 132/137).

Dito isso, passa-se a seguir a analisar as exceções legais ao juízo universal, para que se possa propor uma sistematização do tema.

3. EXCEÇÕES LEGAIS AO JUÍZO UNIVERSAL NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO: (i) EXCEÇÕES PROCESSUAIS; (ii) EXCEÇÕES MATERIAIS

No capítulo anterior se analisou o juízo universal (e o princípio da preservação da empresa), no entanto, vale ressaltar que a própria Lei nº 11.101/05 excepciona este juízo universal, em dispositivos legais diversos.

As referidas exceções ao juízo universal, de uma forma geral, podem ser encontradas no art. 6º, §§ 1º, 2º e 7º, da Lei nº 11.101/05, bem como no art. 49, §§ 3º e 4º da mesma lei.

Porém, vale ressaltar que se entende possível fazer um recorte científico, a partir da análise de aludidos dispositivos legais, extremando-se as exceções em dois tipos diferentes, a saber: (i) exceções de natureza processual; (ii) exceções de natureza material.

As exceções de natureza processual seriam aquelas previstas no art. 6º, §§ 1º, 2º e 7º, da Lei nº 11.101/05, e se entende que poderiam ser assim tratadas pois o critério utilizado para afastar a *vis attractiva* é meramente processual, ou seja, excepcionados créditos ilíquidos (§ 1º), créditos trabalhistas (§ 2º) e créditos tributários (§ 7º).

As exceções de natureza material seriam aquelas dispostas no art. 49, §§ 3º e 4º da Lei nº 11.101/05 e art. 187 do Código Tributário Nacional (e art. 29 da Lei nº 6.830/80) e se entende poderiam ser assim denominadas uma vez que o critério para afastamento de submissão ao juízo universal seria de ordem de direito material, ou seja, análise feita a partir da natureza do direito de crédito, como resta evidente pela leitura dos referidos dispositivos legais.

Feita esta sistematização, e identificadas as exceções ao juízo universal em processuais ou materiais, avança-se a análise, de forma a se verificar o quanto estas exceções são absolutas e efetivamente rompem a ideia da *vis attractiva* do juízo da insolvência.

Sob este viés, inicia-se analisando as exceções de natureza processual.

A exceção processual disposta no art. 6º, § 1º, da Lei nº 11.101/05 excepciona tão somente os créditos ilíquidos, autorizando que se processem em seu juízo de origem. Evidente que a exceção busca manter a apuração do crédito no juízo competente, por ser mais apto a julgar a questão em si e liquidar o valor devido. Além disso, por se tratar de crédito ilíquido, ainda não importa em qualquer ameaça judicial de expropriação patrimonial.

A exceção processual disposta no art. 6º, § 2º, da Lei nº 11.101/05 excepciona tão somente os créditos trabalhistas ainda não definitivamente liquidados, autorizando que tramitem na justiça especializada. Novamente resta evidente que a exceção tem por fim manter a apuração do crédito com o juízo que tem especialização na matéria. Também aqui se está

diante de situação de crédito ilíquido que não importa em efetiva ameaça judicial contra o patrimônio da empresa em recuperação.

A exceção processual disposta no art. 6º, § 7º, da Lei nº 11.101/05 excepciona os créditos tributários, autorizando a continuidade das execuções fiscais, neste caso sim se tratando de cobrança coativa de créditos líquidos. Esta exceção será tratada a seguir, por sua aparente particularidade, uma vez que o crédito tributário também pode ser caracterizado como exceção material.

Analisadas as exceções processuais, passa-se a analisar as exceções de natureza material.

As exceções materiais previstas no § 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/05, a despeito de descrição de diversas situações, visam ao fim excepcionar da sujeição ao juízo universal o exercício de direitos dominiais, direitos de propriedade que o credor detenha contra a empresa em recuperação. A exceção do § 4º do art. 49 da Lei nº 11.101/05 tem característica semelhante, pois trata da situação do contrato de adiantamento de câmbio, passível inclusive de restituição no caso da falência, pois o valor adiantado ainda manteria titularidade jurídica avocável pelo credor.

Ainda que o § 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/05 se erija em exceção material ao juízo universal, veja-se que o próprio dispositivo legal "tempera" e reduz o alcance da própria exceção ao dispor que não se permitirá, durante a suspensão preconizada pelo art. 6º da mesma lei, a venda ou retirada da empresa dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

Por último se tem a exceção material prevista no art. 187 do Código Tributário Nacional (e art. 29 da Lei nº 6.830/80), que visa a excepcionar da sujeição ao juízo universal e do concurso de credores o crédito tributário.

Enumeradas e descritas as exceções ao juízo universal, caracterizando-as como processuais ou materiais, pode-se iniciar a sistematização das mesmas, notadamente para que se possa entender sua funcionalidade e eventual caráter absoluto.

Veja-se que as exceções processuais, bem como as exceções materiais, previstas nos art. 6º, §§ 1º e 2º, e no art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/05, evidentemente não tem caráter absoluto, pois seu regramento prevê situações de submissão ao juízo universal.

Esta submissão é mais evidente nas referidas exceções processuais, pois somente autorizam a apuração do crédito no juízo original especializado, atraindo a cobrança forçada judicial dos créditos ao juízo universal; porém, ainda que atenuada, a submissão também é verificada nas exceções materiais, visto que há regra (art. 49, § 3º, *in fine*, da Lei nº 11.101/05) que obstaculiza *"...a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital*

essenciais a sua atividade empresarial", evidentemente atraindo ao juízo universal a apreciação acerca da essencialidade dos bens para a atividade empresarial, uma vez que o juízo de insolvência é aquele que, conforme já exposto, "administra" a unicidade patrimonial da empresa em recuperação.

Portanto, resta evidente a conclusão de que todas as exceções processuais e exceções materiais não são absolutas, sujeitando-se de alguma forma ao juízo universal, mais intensamente no caso das exceções processuais, e de forma mais tênue nas exceções materiais.

Porém, a análise até o presente momento não abordou de forma mais específica o crédito tributário, porque este possui particularidades de tratamento, conforme será abordado no capítulo a seguir.

4. POSIÇÃO DO FISCO ("CRÉDITO TRIBUTÁRIO"). EXCEÇÃO PROCESSUAL E MATERIAL. JUÍZO UNIVERSAL, PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA, PRINCÍPIO DA IGUALDADE E INTERESSE PÚBLICO

Pela exposição dos parágrafos acima, verifica-se que o crédito tributário se erige, de forma concomitante, em exceção processual e exceção material, com previsão nos arts. 6º, § 7º da Lei nº 11.101/05, art. 187 do Código Tributário Nacional e art. 29 da Lei nº 6.830/80.

O tratamento do crédito tributário como exceção processual é evidente, e se assemelha aos demais casos, pois deixa com o juízo especializado a competência de deslinde acerca do crédito (como no caso de ajuizamento de embargos à execução, ou discussão do crédito por exceção de executividade nos próprios autos da execução fiscal), porém, diferentemente dos casos de créditos ilíquidos ou trabalhistas, a lei não trata da atratividade, pelo juízo universal, da cobrança judicial coativa de aludido crédito, e isto porque também incide a exceção em sua amplitude material (à semelhança do que se verifica no caso do art. 49, §§ 3º e 4º da Lei nº 11.101/05), pela incidência do art. 187 do Código Tributário Nacional (e art. 29 da Lei nº 6.830/80), que determina que o próprio crédito é não sujeito à recuperação judicial, não sendo contemplado pelo Plano previsto no art. 53 da lei recuperacional.

Porém, tal situação não pode implicar em uma fácil e superficial conclusão de que o crédito tributário não tem qualquer sujeição ao juízo universal, muito antes pelo contrário, da mesma forma que a não sujeição dos créditos protegidos por direitos "dominiais" (art. 49, § 3º) tem parcial submissão ao juízo universal, no caso de proteção aos bens essenciais à atividade empresarial, também o crédito tributário deve se submeter em certa medida ao juízo universal,

em linha semelhante, dado o escopo que este tem de exercer o controle e "administração" do patrimônio da empresa em recuperação.

Poder-se-ia, como argumentos contrários à submissão ao juízo universal: (i) questionar o porquê da afirmação acima, pelo apontamento de inexistência de regras expressas acerca da sujeição, ainda que em alguma medida, do crédito tributário; (ii) afirmar que os bens não sujeitos do art. 49, § 3º da Lei nº 11.101/05 teriam sua não sujeição limitada expressamente pela parte final do aludido § 3º, o que inexistiria no caso do crédito tributário; (iii) até mesmo dizer que o interesse público na arrecadação tributária confirmaria tal ausência de regras expressas, inclusive o que restaria evidenciado pela exigência de regularidade fiscal para concessão da recuperação judicial, pelo disposto no art. 57 da Lei nº 11.101/05.

Porém, entende-se que nenhuma das afirmações acima possa ser feita, e se feitas, estariam se descurando do aspecto principal, que procura se desvelar através do presente estudo, ou seja, não há exceção absoluta e inescapável ao juízo universal, pois este não é meramente episódico, uma vez que se erige em técnica judicial, em operacionalização do Princípio da Preservação da Empresa.

Portanto, os argumentos contrários são refutáveis, o argumento "i", acerca de eventual inexistência de regras expressas de eventual submissão do crédito tributário, pode ser refutado pelo cotejo entre o art. 6º, § 7º, art. 47 da Lei nº 11.101/05, art. 187 do Código Tributário Nacional e art. 29 da Lei nº 6.830/80, que nos dão todo regramento, pela sistematização já exposta, ou seja, o crédito tributário se constitui em exceção processual e material ao juízo universal, porém, uma vez que este é técnica judicial a serviço do princípio da preservação da empresa, o art. 47 da Lei nº 11.101/05 servirá de regra expressa para "controle" de expropriações patrimoniais pelo juízo da insolvência.

O argumento contrário "ii" somente reforça o exposto no parágrafo acima, pois se o crédito tributário é somente mais uma exceção material ao juízo universal, não pode ter tratamento diferenciado em relação a outro crédito que importe também em exceção material. Portanto, se os créditos não sujeitos do art. 49, § 3º da Lei nº 11.101/05 tem submissão no caso de bens essenciais, também os créditos tributários deverão se submeter ao juízo da insolvência, por aplicação do princípio da igualdade.

Neste ponto, abre-se breve "parêntese" para análise da questão à luz do princípio da igualdade. Para tal análise de aplicação do aludido princípio se adota ensinamento de Humberto Ávila, para quem: *"... a igualdade é uma relação entre dois ou mais sujeitos em razão de um critério que serve a uma finalidade (...) os sujeitos, porém, são sempre comparados por algum motivo. Não se compara por comparar; compara-se por algum motivo (...) E é precisamente*

em razão disso que se pode verificar se a medida de comparação está correta (...) A relevância da propriedade escolhida está justamente na relação de pertinência ou vínculo de correlação lógica que ela deve manter com a finalidade que justifica a comparação...”, e conclui o tema conceituando a igualdade como *“...a relação entre dois ou mais sujeitos, com base em medida(s) ou critério(s) de comparação, aferido(s) por meio de elemento(s) indicativo(s), que serve(m) de instrumento para a realização de uma determinada finalidade...”* (Ávila, 2004).

Portanto, seguindo-se a conhecida fórmula de que o Princípio da Igualdade importa no tratamento dos iguais igualmente, e dos desiguais desigualmente, na exata medida de sua desigualdade, e se utilizando dos ensinamentos acima, exatamente para se identificar o elemento da norma jurídica da igualdade que permitirá o tratamento desigual, e em que medida, percebe-se que o tratamento desigual é autorizado quando há uma finalidade que o justifique, e na exata medida do critério desigualador determinado.

No presente caso a **finalidade almejada** do juízo universal (visto que operacionalizador do princípio da preservação da empresa), é a manutenção da empresa (cumpridora de sua função social, com manutenção de empregos, geração de tributos e riqueza, inserida que está em uma cadeia econômica). O **critério de comparação** relevante é aquele *“... cuja verificação contribui substancialmente para a promoção da finalidade que justifica sua utilização”*, este deverá ser a ameaça ao patrimônio uno da empresa em recuperação. O **elemento indicativo** deve ser congruente com o critério de comparação, ou seja, eleito este, os elementos indicativos utilizados devem atendê-lo, constituindo-se em fatos e circunstâncias efetivamente relacionados e que melhor atendam ao critério de comparação e à finalidade, sendo que no presente caso poderia ser a fase processual da cobrança judicial coativa e efetiva ameaça à expropriação.

Diante do exposto, evidente que fere o princípio da igualdade o argumento contrário “ii”, pois ainda que não haja texto legal semelhante à parte final do § 3º do art. 49, da Lei nº 11.101/05, para o crédito tributário, o tratamento deve ser idêntico, pois ambos os casos terão mesmos elementos indicativos, serão casos de ameaça à expropriação de bens patrimoniais de empresa objeto da preservação preconizada pelo juízo universal (enquanto operacionalizador do princípio da preservação da empresa).

Por fim, o argumento contrário “iii” também não resiste a uma análise mais acurada, não somente por tudo o quanto já analisado acima (aplicabilidade dos princípios da preservação da empresa e da igualdade), mas também porque a alegação do interesse público nos leva exatamente em sentido contrário.

O argumento contrário "iii" conduz ao pensamento de que o interesse público na arrecadação tributária permitiria que o crédito tributário não se submetesse de qualquer forma ao juízo universal da insolvência, porém, não podemos nos esquecer que, ainda que a recuperação judicial trate principalmente de instituto legal para renegociação de créditos privados, é prevista em "Lei" em sentido formal, ou seja, o instituto é uma opção do próprio Estado, que através de seus Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (seja elaborando, discutindo ou validando a lei) introduziu no direito positivo brasileiro sistema normativo voltado à preservação das empresas por meio do instituto da recuperação judicial.

Transcreve-se da exposição de motivos da Lei nº 11.101/05:

> 11. Adota-se a recuperação da empresa em substituição à concordata suspensiva**, com a finalidade de proteger o interesse da economia nacional, e aos trabalhadores na manutenção dos seus empregos**.

Veja-se, o item "11" da exposição de motivos é muito claro em apresentar o efetivo interesse público envolvido na recuperação judicial, qual seja, a proteção da própria economia nacional (o que é interesse público nacional e não privado das partes diretamente envolvidas na recuperação), bem como sendo dado destaque à proteção aos postos de trabalho pela relevância da manutenção dos empregos, até mesmo para atingimento de finalidades sociais de alta relevância.

Veja-se que a exposição do item "11", bem como a própria redação do princípio da preservação da empresa, nada mais fazem do que consagrar o interesse público, devidamente positivado em normas constitucionais, tais como: (i) princípios fundamentais, como a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, incisos III e IV, Constituição Federal de 1988); (ii) objetivos fundamentais, como a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e redução de desigualdades sociais (art. 3º, incisos II e III, Constituição Federal de 1988); (iii) direito social ao trabalho (art. 6º, Constituição Federal de 1988); (iv) proteção da ordem econômica, notadamente privilegiando princípios desta como a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a redução de desigualdades sociais, a busca do pleno emprego (art. 170, *caput* e incisos II, III, IV, VII e VIII, Constituição Federal de 1988).

Portanto, mesmo esta breve análise, nos indica claramente que, ainda que se trate usualmente a recuperação judicial como renegociação de créditos privados, esta na verdade se reveste de indesmentível interesse público, pois a manutenção da atividade da empresa, que cumpra sua função social e gere trabalho, riqueza e tributos, e se mantenha como elo da

economia, é do interesse de toda a coletividade, o que é expresso, como visto, na própria exposição de motivos da legislação especial de recuperações e falências.

De se ressaltar que a exposição de motivos da lei nos alcança, de certa forma, a intenção e os fins buscados pelo legislador, o que é de extrema importância, pois dentre as técnicas de hermenêutica está a interpretação teleológica, que visa exatamente a perscrutar a intenção daqueles que colocaram determinada norma no direito positivo, e tal interpretação conduz à ideia de que a regra positiva deva ser lida de forma a satisfazer o propósito e fins idealizados pelos elaboradores da norma, podendo se considerar o Direito como uma ciência normativa e finalística, mas mais que isso, devendo se ter em mente que a análise teleológica sempre deve ofertar a interpretação normativa que melhor corresponda às finalidades pretendidas assegurando plenamente a tutela de interesses para a qual redigida a norma (Maximiliano, 1999, p. 151/152).

Além disso, vale sempre rememorar que o direito tributário é direito do cidadão, não dos entes políticos, sendo as normas tributárias constitucionais verdadeiros limites ao poder do Estado, para que não possa avançar indevidamente na propriedade privada de seus cidadãos, em evidente confisco.

Portanto, se o direito tributário é direito do cidadão, como limite ao Estado na cobrança de tributos, não se pode falar em um interesse público na arrecadação que venha a contrariar o evidente interesse público do qual se reveste o instituto da recuperação judicial, o princípio da preservação da empresa, e o consequente juízo universal.

Ora, o interesse público é um só, e ainda que a arrecadação interesse à coletividade, com o advento da Lei nº 11.101/05 (assim como ocorre com todas legislações de insolvência), o próprio Estado reconhece que a quebra de empresas é extremamente prejudicial à economia como um todo, e tendo em vista todos os princípios e objetivos constitucionais vistos acima, reconhece o Estado que tem de fornecer proteção para que aquelas empresas em dificuldade possam sobreviver, e dentro deste contexto, evidentemente que o interesse público estará amparando a ampla proteção da empresa, nos termos da lei obviamente, inclusive proteção contra indevido avanço do próprio Fisco sobre o patrimônio da empresa em dificuldade, na exata medida de impedir que o Fisco adote medidas expropriativas que obstaculizem a continuidade da atividade empresarial acarretando a “morte” da empresa.

Todo o estudo e raciocínio até então desenvolvido está permeado pela hermenêutica, pois necessária a interpretação do sistema normativo, de diversos dispositivos legais constitucionais e infraconstitucionais, para se concluir pela sistematização proposta e o relacionamento de normas, ora subordinado, ora coordenado, para se concluir pela extensão de

aplicação do juízo universal. Neste ponto, amparando a conclusão até aqui exposta, no sentido de que o interesse público e a preservação da empresa justificam o juízo universal amplo (e se operacionalizam através deste), vale conferir ensinamento de Carlos Maximiliano, para quem no processo interpretativo: *"Prefere-se o sentido conducente ao resultado mais razoável, que melhor corresponda às necessidades da prática, e seja mais humano, benigno, suave...Portanto, dentro da letra expressa, procura-se a interpretação que conduza a melhor consequência para a coletividade"* (Maximiliano, 1999, p. 165).

Por todo o exposto, resta evidente que os argumentos contrários à submissão do Fisco ao juízo universal devem ser rejeitados, notadamente pela exposição acima, que demonstra claramente o interesse público em prol da manutenção da empresa que cumpra sua função social, sendo esta a finalidade a ser observada, portanto, sendo a preservação da empresa e da ordem econômica em geral o elemento teleológico e o melhor resultado que o sistema normativo visa.

5. CONCLUSÃO

Após a análise do tema, nos capítulos acima, tem-se algumas conclusões parciais, que levam à conclusão final de que o juízo universal tem exceções, mas nenhuma delas pode ser tida como absoluta, nem mesmo a cobrança do crédito tributário pelo Fisco.

Evidente que o presente trabalho não traz posições definitivas, mas visa a contribuir para o tema com uma análise constitucional e principiológica sobre o tema, tendente a mostrar que a submissão do Fisco ao juízo universal da insolvência não é mera resistência jurisprudencial pela ausência de adequada legislação acerca de parcelamentos tributários, mas sim que tal atração do próprio crédito tributário pelo juízo universal é medida que decorre da influência direta do princípio da preservação da empresa sobre o juízo universal, bem como do interesse público subjacente ao referido princípio.

Portanto, conclusivamente, e de forma sistemática, conclui-se que o juízo universal decorre do princípio da preservação da empresa, sendo aquele operacionalização deste princípio, ao unificar perante um mesmo juízo (juízo da insolvência), as funções de (i) centralização de créditos e (ii) de controle de ativos da empresa em forma centralizada.

No aspecto de "centralização de créditos" o juízo universal conteria exceções processuais autorizando apuração de créditos por juízos especializados, para após organizar os créditos daqueles credores efetivamente sujeitos.

No aspecto de "controle de ativos da empresa de forma centralizada" o juízo universal conteria exceções materiais, pelas quais se reconhece que há créditos não sujeitos, que não são pagos na forma do Plano, mas restando claro o aspecto relativo de tais exceções, pois sempre que a cobrança de tais créditos implique em risco ao soerguimento da empresa, o princípio da preservação da empresa novamente atrairia tais créditos ao juízo universal, para que este decidisse sobre a possível expropriação de ativos, caso isto não implique em obstaculização à atividade empresarial.

E como já visto, esta função última do juízo universal, exposta no parágrafo imediatamente acima, decorre inclusive de interesse público, positivado como princípio da preservação da empresa.

Assim, o juízo universal não é episódico, aplicando-se de forma ampla a todos os créditos da empresa em recuperação, o que se desvela a medida que se procede à análise sistematizada do tema, como se fez no presente estudo, restando reforçada a jurisprudência que tem reiteradamente decidido que o Fisco, ainda que não tenha suas execuções judiciais suspensas, deve se submeter ao juízo da insolvência para atos de expropriação patrimonial, o que nada mais é do que o controle judicial da relatividade da exceção material ao juízo universal da insolvência, fazendo prevalecer o princípio da preservação da empresa e o interesse público pela preservação e proteção da atividade econômica nacional.

BIBLIOGRAFIA

ÁVILA, H. (2004). *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos* (3ª ed.). São Paulo: Malheiros.

AYOUB, L., & CAVALLI, C. (2016). *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas* (2ª ed.). Rio de Janeiro: Forense.

BEZERRA FILHO, M. J. (2016). *Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo* (11ª ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.

FAZZIO JUNIOR, W. (2015). *Lei de falência e recuperação de empresas* (7ª ed.). São Paulo: Atlas.

MAXIMILIANO, C. (1999). *Hermenêutica e aplicação do direito* (18ª ed.). Rio de Janeiro: Revista Forense.

SCALZILLI, J., SPINELLI, L., & TELLECHEA, R. (2017). *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/05* (2ª ed.). São Paulo: Almedina.

CRAM DOWN: CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS À IMPORTAÇÃO DO REGIME DO *CHAPTER 11* PARA O REGIME LEGAL DA LEI 11.101

Daniel Báril[28]

Guilherme Queirolo Feijó[29]

RESUMO: O presente artigo tem por mister analisar o instituto do Cram Down, tal qual positivado no Direito brasileiro (através da Lei 11.101/2005), enquanto forma de concessão de Recuperações Judiciais cujos planos não tenham sido aprovados por todas as classes de credores presentes à assembleia. Considerando que o modelo legislativo nacional foi marcadamente influenciado pela experiência do direito estado-unidense, inclusive no que se refere ao tema que é objeto do presente trabalho, são tecidas considerações sobre a origem e critérios de aplicação do instituto no *Chapter 11 do* Bankruptcy Code. Constatar-se-á que o sistema nacional, diferentemente daquele que lhe serviu de inspiração, trabalha com premissas um tanto numéricas, fechadas e taxativas, de forma que o sistema positivado não outorgou margem para análise judicial de elementos relacionados à viabilidade do plano e à maximização dos ativos da empresa, adquirindo caráter de quórum alternativo. Um dos efeitos dessa rigidez tem sido a flexibilização, sobretudo pela atividade jurisprudencial, dos critérios legais estipulados, com relativa ampliação dos poderes do juiz na apreciação do cumprimento dos requisitos de aplicação do *cram down* brasileiro. Por fim, são tecidas breves considerações sobre o Projeto de Lei nº 10.220/2018, que visa a reformar a Lei 11.101/05 e que traz consideráveis modificações nos critérios de concessão de recuperação sem a aprovação de todas as classes de credores.

Palavras chave: Recuperação judicial de empresas; Plano de recuperação; Cram down; Quórum alternativo; Insuficiência.

Sumário: 1 Introdução. 2 Critérios de confirmação de planos de reorganização sob o regime do *chapter 11* nos Estados Unidos. 2.1 Noções gerais. 2.2 requisitos específicos para aplicação do *cram down no chapter* . 3 A aprovação dos planos de recuperação judicial de empresas no sistema brasileiro. 3.1. Base legal: normas de aprovação de planos. 3.2. Análise crítica. 4. Considerações finais

---

[28] Sócio de Silveiro Advogados. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Membro da Comissão de Falências e Recuperação Judicial da OAB/RS e da Turnaround Management Association (TMA). Foi vice-presidente da ADVB-RS. Coordenador de Curso na Escola Superior da Advocacia (OAB). Possui formação na área de Reestruturação pelo Insper, FGV e ESPM. Palestrante e autor de artigos e livros.

[29] Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor convidado em cursos de especialização. Advogado.

1 INTRODUÇÃO

A Lei 11.101/05 (Lei de Falências e Recuperação de Empresas – LFRE) introduziu no sistema de insolvências brasileiro, como mecanismo de superação da crise e de manutenção de empresas consideradas economicamente viáveis, o instituto da recuperação judicial, estruturado a partir de um processo no qual o devedor em crise submete aos credores um plano de recuperação, cuja aprovação resulta na concessão da recuperação, enquanto sua reprovação enseja a falência do devedor.

Nesse sentido, o processo de recuperação judicial de empresas possui como elemento central a *negociação* de um plano de reestruturação proposto pelo empresário ou sociedade empresária em crise. Como regra geral, a recuperação judicial será concedida ao devedor mediante ausência de objeção pelos credores ao plano de recuperação no prazo legal ou por deliberação favorável ao plano por todas as classes de credores, reunidas em assembleia-geral, na forma do art. 45 da LFRE[30].

Além dessas duas hipóteses, o juiz ainda *poderá* conceder a recuperação judicial mesmo que o plano proposto pelo devedor tenha sido objetado por algum credor no prazo legal e não tenha sido aprovado por todas as classes de credores presentes à assembleia, desde que preenchidos determinados requisitos elencados nos §§ 1º e 2º do art. 58 da LFRE[31]. Essas são as três hipóteses de concessão da recuperação judicial.

Em todos os casos, a concessão da recuperação do devedor depende, de um lado, da manifestação de vontade dos credores – ainda que tácita, nos casos de ausência de objeção – e, de outro, de decisão judicial que a conceda. Dessa forma, adquirem particular relevância os

---

[30] "Art. 45. Nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, todas as classes de credores referidas no art. 41 desta Lei deverão aprovar a proposta.
§ 1º Em cada uma das classes referidas nos incisos II e III do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembléia e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes.
§ 2º Nas classes previstas nos incisos I e IV do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito.
§ 3º O credor não terá direito a voto e não será considerado para fins de verificação de quorum de deliberação se o plano de recuperação judicial não alterar o valor ou as condições originais de pagamento de seu crédito".

[31] "Art. 58 (...) § 1o O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembléia, tenha obtido, de forma cumulativa:
I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes;
II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas;
III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1o e 2o do art. 45 desta Lei.
§ 2o A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1o deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado".

critérios de aprovação do plano de recuperação e de concessão da recuperação judicial, os quais revelam, de certa forma, o grau de autonomia dos credores e a extensão dos poderes do juiz nesse procedimento.

Por ser este o momento definidor do futuro da empresa em crise, os critérios eleitos influem diretamente na persecução dos objetivos do sistema de recuperação de empresas, os quais decorrem de uma opção política e das variantes históricas e econômico-sociais de cada ordenamento. Por trás dos critérios legais de aprovação de planos reside uma aparente tensão de forças entre os poderes do juiz e os poderes dos credores na definição do futuro da empresa em crise.

Tal dicotomia não é questão nova na história do direito da insolvência[32]. No Brasil, a Exposição de Motivos do anteprojeto do já revogado Decreto-lei 7.661, de 1945, já anunciava a modificação dos critérios de formação da concordata com base em uma necessidade de se deslocar o centro do poder decisório dos credores para o juiz:

> No direito atual, a formação da concordata depende da livre manifestação dos credores, através de quórum de votação, reservando-se ao juiz, simplesmente, a homologação do acordo com o devedor.
> [...]
> A verdade é que, na vigência desse sistema, se tem verificado a constância dessa anomalia, através dos entendimentos externos do processo, o que importa na quebra da igualdade de tratamento dos credores, princípio informativo do processo falimentar. Atendendo a esse princípio, consagra a concordata como favor concedido pelo juiz, cuja sentença substitui a manifestação da vontade dos credores na formação do contrato, reservados, entretanto, a estes, o exame e discussão das condições do pedido do devedor em face das exigências da lei.

Com isso, na vigência do Decreto-lei 7.661/45, a concordata assumiu caráter de "favor legal" concedido pelo juiz a devedores considerados de boa-fé a partir de requisitos eminentemente formais, sem abarcar critérios que efetivamente demandassem uma participação negocial ativa dos credores[33]. Por sua vez, a Lei 11.101/05, ao instituir o processo de recuperação judicial, estruturou o instituto a partir de um procedimento de *negociação estruturada* entre devedores e credores, em que a participação dos últimos é elemento essencial.

---

[32] No Brasil, ver: COMPARATO, Fábio Konder. Aspectos jurídicos da macro-empresa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 95 *et seq*. Nos Estados Unidos, ver: LUBBEN, Stephen J.. Credit Derivatives & the Future of Chapter 11. *Seton Hall Public Law Research Paper No. 906613*. Am. Bankr. L.J., v. 84, n. 4, 2007. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=906613 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.906613>. Acesso em: 4 mai. 2018.

[33] PUGLIESI, Adriana Valéria. Limites da autonomia privada nos planos de reorganização das empresas. *Revista do Advogado,* São Paulo, Ano XXXVI, n. 131, p. 7-20, out. 2016. p. 7-9.

Assim, de um lado, cuida-se de processo que culmina em decisão judicial de concessão da recuperação ou de decretação da falência e, como tal, depende de atividade jurisdicional, bem como é afeito a controle judicial dos atos[34]. De outro, tem-se uma negociação envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, o que confere ao instituto caráter nitidamente negocial, em especial pela exigência de aprovação do plano pelos credores, ainda que por maioria.

Devido à reconhecida influência do sistema de insolvências estado-unidense na Lei 11.101/05, a compreensão da origem de determinados institutos relacionados aos critérios de confirmação dos planos de reorganização e da função que exercem naquele sistema pode constituir uma eficiente ferramenta para exame dos critérios de aprovação dos planos de recuperação judicial de empresas no direito brasileiro.

Nessa tarefa, entretanto, é necessário ressalvar a impossibilidade de uma mera comparação direta dos institutos em cada ordenamento jurídico e, por conseguinte, a inadequação de importação de soluções prontas. Como adverte Nathalie Martin[35], um sistema de insolvências depende fortemente da cultura, da história e do contexto social-econômico de cada nação, inclusive da relação cultural com a noção de débito, haja vista que o regime possui também um papel de instrumento social.

Logo, a análise que se propõe busca, tão somente, tecer considerações críticas e evidenciar problemas que merecem ser enfrentados de forma mais profunda, a partir da origem e da função de cada instituto dentro de um contexto insolvencial.

2 CRITÉRIOS DE CONFIRMAÇÃO DE PLANOS DE REORGANIZAÇÃO SOB O REGIME DO *CHAPTER 11* NOS ESTADOS UNIDOS

Como referido, é reconhecido pela doutrina[36] que o modelo legislativo da LFRE, inclusive no que se refere aos critérios de aprovação de planos, foi marcadamente influenciado pela experiência do direito estado-unidense. Tal influência justifica que sejam tecidas

---

[34] Nesse tocante, ressaltam Paulo Aragão e Laura Bumachar que "apesar de o novo regime retirar do juiz parte do poder de intervenção na decisão concreta referente ao destino da empresa, fazendo com que a matéria passe a ter um enfoque econômico, em detrimento do processualismo exacerbado, a Assembleia Geral de Credores continua sendo órgão deliberativo e, justamente, pelo fato de a deliberação depender de homologação judicial para produzir efeito, tal assembleia não possui poder decisório final, o qual continua, em última análise, cabendo ao magistrado, diante dos conflitos que, inequivocamente, surgirão nesse tipo de conclave". (ARAGÃO, Paulo Cezar; BUMACHAR, Laura. A assembleia geral de credores na lei de recuperação e falências. In: SANTOS, Paulo Penalva (coord.). *A nova lei de falências e de recuperação de empresas: Lei n. 11.101/2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 115).

[35] MARTIN, Nathalie. *The Role of History & Culture in Bankruptcy & Inslovency Systems*, p. 4-5 e 75-77.

[36] MARTINS, Glauco Alves. O cram down no direito brasileiro: comparação com o direito estrangeiro e evolução jurisprudencial. *Revista de Direito Empresarial*, São Paulo, v. 20, p. 153-193, nov. 2016.

considerações sobre a origem e critérios de aplicação do Cram Down no *Chapter 11* do *Bankruptcy Code*.

2.1 Noções gerais

No direito estado-unidense, o regime de insolvências é atualmente regido pelo Bankruptcy Code, cujo *Chapter 11* disciplina o procedimento de reestruturação de empresas. Nesse modelo, o devedor em crise possui exclusividade na apresentação de um plano de reorganização (*plan of reorganization*) pelo prazo de 120 dias, após o qual qualquer parte interessada, incluindo o *trustee*[37], um comitê de credores ou um credor invididual, pode apresentar um plano.

O plano apresentado é deliberado pelos credores, reunidos em classes organizadas pelo próprio plano, que podem aprová-lo ou não. Aprovado por todas as classes, a Corte tem o papel de confirmar o plano de reorganização, desde que verificados determinados requisitos, previstos na *Section 1129* do *Chapter 11*. Dentre tais requisitos, incluem-se as exigências de que o plano tenha sido proposto "*in good faith*"[38] e sem qualquer meio proibido por lei [§ 1129(3)], de que todas as classes de credores ou *shareholders* tenham aprovado o plano [§ 1129(7)], e de que não seja provável que a confirmação do plano seja seguida de liquidação ou nova reorganização do devedor [§ 1129(11)].

Requisito digno de nota para os fins deste artigo consiste no denominado *best-interest-of-creditors* ("melhor interesse do credor"), princípio cujo atendimento é averiguado por meio do *teste do melhor interesse do credor*. Conforme entendimento cunhado no caso *Adler v. Jones,* o referido teste baseia-se em contrastar a posição em que o credor estaria em caso de liquidação – com base no *Chapter 7* do Bankruptcy Code – e a posição em que o plano de

[37] Nas palavras de Vera Helena de Mello Franco, o *trustee* consiste em "agente indicado pelo US Trustee para a administração do caso nos Chapters 7,12 e 13 ou pela assembleia de credores no caso do Chapter 11". Ainda segundo a autora, para atuar como *trustee*, a pessoa deve ser competente para exercer as funções de administrador, ou ser empresa autorizada no contrato ou estatuto social para tanto. (FRANCO, Vera Helena de Mello. O modelo falimentar norte-americano - particularidades. Relevo aos capítulos 7, 11,12, 13 e 15 do Bankruptcy Code. *Revista de Direito Empresarial*, São Paulo, v. 7, p. 149-171, jan-fev. 2015).

[38] Sobre o conceito de *good faith*, apesar de não ter sido definido pelo Bankruptcy Code, cabe esclarecer que não se confunde com a noção de boa-fé objetiva existente no Direito brasileiro, aproximando-se da noção de boa-fé subjetiva do Direito brasileiro, por estar mais relacionada a ideais de "sinceridade" e "franqueza" (ORDIN, Robert. L. The Good Faith Principle in the Bankruptcy Code: A Case Study. *The Business Lawyer*, v. 38, n. 4, p. 1795-1850, aug.,1983).

reorganização o coloca, buscando-se apurar se o plano lhe confere tratamento mais vantajoso do que teria na eventual liquidação do devedor[39].

Assim, todo e qualquer credor pode se opor à confirmação do plano pela Corte, desde que demonstre ter sobejado em posição economicamente inferior a que restaria ao abrigo do *Chapter 7*[40]. Ou seja, ainda que todas as classes de credores tenham aprovado o plano, o aludido requisito garante uma tutela individual a cada credor, garantindo-lhes direitos mínimos nos procedimentos de reorganização de empresas.

Além disso, o *Chapter 11* prevê que, mesmo na eventual não concordância de todas as classes de credores, a Corte pode igualmente confirmar o plano de reorganização, desde que sejam atendidos todos os demais requisitos gerais de confirmação (inclusive o *best-interest-of-creditors*) e dois outros requisitos adicionais, quais sejam, de que o plano de reorganização, relativamente aos credores da classe dissidente: (i) não os discrimine injustamente e (ii) seja considerado *fair and equitable* [§ 1129(b)][41].

A Confirmação de planos de reorganização pela Corte trata-se do que se convencionou denominar de *cram down*, expressão essa não prevista no Bankruptcy Code e que, como aponta Deborah Kirschbaum, deriva da ideia de "enfiar goela abaixo"[42], em alusão à imposição de um plano que não contou com a concordância de todas as classes. O instituto surgiu jurisprudencialmente[43] e veio a ser positivado na legislação estadunidense em 1978, com o *Bankruptcy Act*. Como explica Richard Posner[44], o *cram down* possuiria o condão de evitar que alguns poucos credores detenham o poder de vetar planos que sejam do interesse da maioria, mitigando dificuldades de coordenação entre credores que uma eventual exigência de "consenso" poderia ensejar[45].

---

[39] ROSTOW, Eugene V.; CUTLER, Lloyd N. Competing Systems of Corporate Reorganization: Chapters X and XI of the Bankruptcy Act. Yale Law School Legal Scholarship Repository. *Faculty Scholarship Series*, Paper 2149, 1939. p. 1353.

[40] TABB, Charles Jordan. *The Law of Bankruptcy*. Second Edition. New York: Foundation Press, 1997. p. 396; MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicionais na apreciação do plano de recuperação judicial. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, Ano 10, n. 36, 2007.

[41] "(b)(1)Notwithstanding section 510(a) of this title, if all of the applicable requirements of subsection (a) of this section other than paragraph (8) are met with respect to a plan, the court, on request of the proponent of the plan, shall confirm the plan notwithstanding the requirements of such paragraph if the plan does not discriminate unfairly, and is fair and equitable, with respect to each class of claims or interests that is impaired under, and has not accepted, the plan".

[42] KIRSCHBAUM, Deborah. *A recuperação judicial no Brasil: Governança, financiamento extraconcursal e votação do plano*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 187.

[43] MARTINS, Glauco Alves. O cram down no direito brasileiro: comparação com o direito estrangeiro e evolução jurisprudencial. *Revista de Direito Empresarial*, São Paulo, v. 20, p. 153-193, nov. 2016.

[44] POSNER, Richard A.. *Economic analysis of law*. 5 ed. New York: Aspen Law & Business, 1998. p. 445.

[45] Exemplos disso são os casos de "hold up" e "free-riders"; o primeiro ocorre quando um credor, ciente de que o plano depende de sua concordância para ser confirmado, nega-se a negociar com o devedor, a fim de que, ao final, faltando apenas sua concordância, possa extrair da negociação benefícios que não teria em uma negociação normal.

Como referido, trata-se de um temperamento à regra de consenso das classes, que poderia engessar demasiadamente o sistema – lembre-se, o consenso que aqui se refere é entre classes, já que, dentro de uma classe, não há necessidade de que todos os credores concordem com o plano, bastando a maioria.

Exposto um breve panorama geral – ainda que não exauriente – das normas de confirmação dos planos de reorganização, passa-se a examinar mais detidamente os dois requisitos adicionais à aplicação do *cram down* naquele sistema.

2.2 Requisitos específicos para aplicação do *cram down* no *Chapter 11*

Na medida em que a confirmação de um plano por *cram down* necessariamente imporá a uma ou mais classes de credores condições com as quais a maioria da classe não concordou, o sistema, em contrapartida a essa relativização da exigência de aprovação por todas as classes, estabelece normas de caráter protetivo[46] da classe dissidente. Destarte, os requisitos específicos ao *cram down* possuem função de tutelar os credores tanto vertical quanto horizontalmente[47].

O primeiro requisito, qual seja, a proibição de ocorrência de uma "discriminação injusta" pelo plano, objetiva tutelar credores de mesma prioridade legal de recebimento (relação "horizontal"). Dita proibição ocorre num contexto em que é possível a distribuição de credores com mesma prioridade de recebimento em classes distintas, com base em algum critério – determinado pelo devedor - que justifique esse grupamento, de modo que credores hierarquicamente iguais possam receber propostas distintas no plano de reorganização da empresa. A exigência não diz respeito, então, a credores integrantes de uma mesma classe, eis que estes necessariamente devem receber propostas igualitárias [§ 1123(a)(4) do *Chapter 11*[48]].

Com isso, caso não seja aprovado por todas as classes de credores, o plano de reorganização, para confirmação judicial pela Corte, não pode ter imposto à classe de credores

---

A seu turno, o segundo ocorre quando o credor se recusa a compartilhar o ônus da crise do devedor, na tentativa de se beneficiar dos ganhos de uma empresa reorganizada sem ter incorrido nos custos da negociação, impondo estes custos aos demais credores. Isto é, percebendo que não precisa incorrer nesse custo, o credor se nega a negociar com o devedor, pois sabe que outros credores envidarão esses esforços e a situação o beneficiará de qualquer modo.

[46] HANLEY, Brian P. Preserving the Secured Creditor's Bargain in Chapter 11 Cramdown Scenarios. *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*, v. 8, n. 2, article 7, p. 494-515, 2014. Disponível em: <htp://brooklynworks.brooklaw.edu/bjcfcl/vol8/iss2/7>. Acesso em: 7 set. 2018. p. 514.

[47] COOGAN, Peter F. Confirmation of a Plan under the Bankruptcy Code. *Case Western Reserve Law Review*, v. 32, n. 2, p. 301-363, 1982. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.case.edu/caselrev/vol32/iss2/3>. Acesso em: 03 set. 2017. p. 326 *et seq*.

[48] "(a)Notwithstanding any otherwise applicable nonbankruptcy law, a plan shall— (…) (4) provide the same treatment for each claim or interest of a particular class, unless the holder of a particular claim or interest agrees to a less favorable treatment of such particular claim or interest".

dissidente tratamento discriminatório e injusto em comparação a outras classes de credores que possuem a mesma prioridade legal de recebimento (por exemplo, entre credores sem garantia). Caso contrário, permitir-se-ia uma manipulação dos credores com o intuito de obter a aprovação necessária para confirmação do plano, oferecendo-se um tratamento mais benéfico para credores em número estritamente suficiente para aprovar o plano e prejudicando gravemente outros credores de mesma natureza, sem justificativa legítima.

Note-se que não há ilegalidade em se tratar distintamente credores considerando as preferências legais; a ilegalidade consiste em discriminar *injustamente* credores que, embora em classes distintas, possuam mesma prioridade de recebimento. Tendo em vista, porém, que o texto legal do *Chapter 11* não especifica o que caracterizaria uma diferenciação "injusta", coube aos Tribunais elaborarem critérios para sua identificação prática[49].

A seu turno, o segundo requisito - a exigência de que o plano seja considerado *fair and equitable* - busca atender a uma necessidade de tutela dos credores em sua relação "vertical", estabelecendo regras de recebimento entre credores com diferentes prioridades legais de recebimento. A norma foi primeiramente positivada como regra geral, ainda que todas as classes aprovassem o plano (*Bankrupcty Act, 1934*). Atualmente, entretanto, é exigência aplicável apenas no caso de confirmação do plano sem a concordância de todas as classes[50], como contrapartida aos credores dissidentes.

Neste contexto, o plano não pode destinar qualquer valor a credores abaixo na ordem prioritária de recebimento antes que a classe com prioridade receba seus créditos integralmente, o que foi denominado de *absolute priority rule* ("regra da prioriedade absoluta"). Assim, na eventualidade de uma determinada classe de credores sem garantia não concordar com o plano, esta somente poderá exigir a observância da regra relativamente a credores hierarquicamente inferiores[51].

---

[49] A doutrina aponta que teriam sido desenvolvidos dois critérios principais para tal averiguação. Um primeiro que verifica a porcentagem de pagamento destinada aos credores de cada classe, com igual prioridade de recebimento. Com base nesse critério, identifica-se que as decisões têm reputado injustas quando a diferença entre classes de mesma prioridade é superior a 70%. Um segundo critério analisa a alocação de riscos atribuída a cada uma das classes. Ver MALOY, Richard. A primer on cram down: how and why it works. *St. Thomas Law Review*, Miami, Fall, 2003. p. 3.

[50] LOPUCKY, Lynn M.; TRIANTS, George G. A Systems Approach to Comparing U.S. and Canadian Reorganization of Financially Distressed Companies. *Harvard International Law Journal*, v. 35, n. 2, Spring 1994. p. 324 e 334.

[51] Dita regra ainda pode ser excepcionada pela "new value exception" (exceção de novo valor), a qual flexibiliza a regra geral ao permitir, em certos casos e mediante determinados requisitos, o recebimento ou a manutenção de participações pelos sócios se injetados novos recursos na empresa para sua recuperação. Ver MALOY, Richard. A primer on cram down: how and why it works. St. Thomas Law Review, Miami, Fall, 2003. p. 11.

Vê-se, assim, que o sistema de reorganização de empresas estado-unidense possui regras distributivas a serem observadas sempre que não haja concordância de todas as classes de credores, estabelecendo de forma clara o que cada credor pode esperar em suas negociações. Por outro lado, tratando-se de forma de tutela dos credores integrantes da classe dissidente, referida exigência tolhe de maneira significativa a margem de atuação do devedor relativamente às proposições possíveis do plano[52] [53].

Tecidos estes introdutórios comentários relativos ao sistema do Chapter 11, ora será pormenorizada a base legal do modelo "*importado"* pela legislação nacional, sendo feitas, ao final, considerações críticas relativas à dinâmica proposta pelo legislador pátrio e sua relativização jurisprudencial.

3 A APROVAÇÃO DOS PLANOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS NO SISTEMA BRASILEIRO

3.1 Base legal: Normas de aprovação de planos

No sistema brasileiro, assim como nos Estados Unidos, o quórum regular de aprovação de planos parece buscar uma ideia de unanimidade dos grupos de credores estabelecidos pela LFRE, ao prever que "nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, todas as classes de credores" devem 'aprovar a proposta' apresentada pela recuperanda (art. 45 da Lei nº 11.101/05). Isto é, ainda que o critério majoritário se aplique na deliberação de cada classe de credores, todas as classes precisariam aprovar o plano, mesmo que por maioria.

---

[52] Há quem identifique não ser raro que os credores negociem condições diferentes sem observar necessariamente a *absolute priority rule (*CASEY, Anthony J. The Creditors' Bargain and Option-Preservation Priority in Chapter 11. *University of Chicago Law Review*. vol. 78, 2011. Disponível em:<http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2116&context=journal_articles>. Acesso em: 22 out. 2018. p. 789). Outros, no entanto, afirmam que poucos planos se afastariam dessa regra (AYOTTE, Kenneth M.; MORRISON, Edward R. Morrison. Creditor Control and Conflict in Chapter 11. *Columbia University*, Center for Law & Economics, Research Paper n. 321, jul. 2008).

[53] Para compreensão da unidade do sistema, é importante que os dois requisitos específicos de aplicação do cram down sejam examinados levando-se em consideração, ainda, outros elementos próprios do modelo de reorganização de empresas estabelecido pelo Chapter 11. Destacam-se, nesse sentido, a garantia de recebimento mínimo por cada credor, a flexibilidade que o plano possui para organizar credores em classes de acordo com o grau de homogeneidade de seus interesses e a possibilidade de o juiz desconsiderar o voto de determinado credor, se este não tiver sido dado ou requerido de "boa-fé" [§ 1126(e)]. "(e) On request of a party in interest, and after notice and a hearing, the court may designate any entity whose acceptance or rejection of such plan was not in good faith, or was not solicited or procured in good faith or in accordance with the provisions of this title".

A mesma legislação, entretanto, em seu art. 58, §§ 1º e 2º, flexibiliza a exigência de consenso entre as classes, estabelecendo hipótese em que a recuperação judicial pode ser concedida pelo juiz mesmo sem a aprovação de uma ou duas das classes de credores[54].

O instituto do "*cram down* brasileiro", porém, trabalha com premissas de todo diversas daquelas referidas no modelo norte-americano, premissas essas um tanto numéricas, fechadas e taxativas, quais sejam: (a) a aprovação do plano por credores titulares de mais da metade do valor dos créditos presentes em assembleia, independentemente de classes (§ 1º, inciso I), (b) a aprovação do plano por duas das classes de credores, (c) a aprovação do plano por mais de um terço dos credores integrantes da classe dissidente (§ 1º, inciso III), e (d) a ausência de "tratamento diferenciado" entre os credores integrantes da classe dissidente (§ 2º).

Atendidos tais requisitos – eminentemente numéricos –, a legislação prevê que o juiz *poderá* conceder a recuperação judicial, expressão essa que naturalmente suscitou controvérsia acerca do grau de obrigatoriedade do juiz em conceder a recuperação quando presentes os requisitos legais. Diante disso, de um lado há quem entenda que, preenchidos os requisitos numéricos, seria obrigatório ao juiz conceder a recuperação[55]. De outro, há quem entenda que, nessa hipótese, o juiz deveria avaliar a concessão ou não da recuperação de forma justificada e com base em determinados elementos, como o cumprimento da função social da empresa e eventual abuso do direito por parte de algum credor[56].

Outro ponto relevante no exame do art. 58 da LFRE é a circunstância de que o sistema vigente separa os credores em quatro classes estanques (art. 41, LFRE), quais sejam: I – titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho; II – titulares de créditos com garantia real; III – titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados e IV - titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte.

O prévio agrupamento legal dos credores em classes tem como aparente objetivo a criação de centros de interesses relativamente ao recebimento e avaliação das propostas de pagamento que serão deliberadas em assembleia-geral de credores. No entanto, a legislação nacional tem recebido críticas nesse tocante, porquanto, ao contrário de outros ordenamentos[57],

---

[54] AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. *A Construção Jurisprudencial da Recuperação Judicial de Empresas*. 2. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 297.

[55] SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luís Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 323.

[56] ESTEVEZ, André Fernandes. *O plano de recuperação judicial e a assembleia-geral de credores: poderes e deveres dos credores, do devedor e do juiz*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011. p. 141 e seguintes.

[57] CEREZETTI, S. C. N. A Classe de Credores como Técnica de Organização de Interesses: Em defesa da alteração da disciplina das classes na Recuperação Judicial. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SOUZA

impossibilita que o próprio plano agrupe os credores de acordo com necessidades e interesses comuns no caso concreto.

Com isso, na modalidade estanque da Lei 11.101/05, não apenas soem ocorrer agrupamentos, em uma mesma classe, de credores com interesses de todo distintos entre si (algo que resta deveras agravado na classe III) como, ainda, vê-se numa mesma classe credores com ordens de recebimento diferentes em caso de falência, os quais podem ter expectativas – e interesses – distintos com relação ao recebimento de seus créditos.

3.2 Análise crítica

Viu-se que, diferentemente do modelo norte-americano, a previsão legal para concessão da recuperação judicial, em caso de não aprovação de todas as classes de credores no ordenamento brasileiro, conta primordialmente com critérios numéricos de quórum, fechados e taxativos. O sistema positivado não outorga, a princípio, margem para análise judicial de elementos relacionados à viabilidade do plano e à maximização dos ativos da empresa[58], sendo sua única exceção relativa à vedação a tratamento desigual dentro da classe que rejeitou o plano[59].

Este modelo de *cram down* "fechado" e "legalista"[60] espelha uma espécie de "quórum alternativo" ou "rebaixamento de quórum"[61], aparentemente com a finalidade de limitar a margem de atuação do magistrado. Vale dizer, percebe-se nesta *ratio legis* que o uso de cláusulas gerais foi de todo evitado na delimitação dos critérios de concessão da recuperação judicial, em tese para se propiciar uma maior segurança jurídica ao sistema.

Sheila Cerezetti, por exemplo, reconhecendo a importância de um mecanismo de aprovação de planos mesmo sem a aprovação de todas as classes de credores, entende que a importação incompleta do instituto do *cram down* norte-americano teria resultado em uma

---

JUNIOR, Francisco Satiro de (coord.). *Direito das Empresas em Crise: Problemas e Soluções*. v. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 372.

[58] MARTINS, Glauco Alves. O cram down no direito brasileiro: comparação com o direito estrangeiro e evolução jurisprudencial. *Revista de Direito Empresarial*, São Paulo, v. 20, p. 153-193, nov. 2016.

[59] MOREIRA, Alberto Camiña. Poderes da assembleia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de. *Direito falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 260.

[60] MOREIRA, Alberto Camiña. Poderes da assembleia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de. *Direito falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 258.

[61] SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luís Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 321-322.

ferramenta insuficiente para determinados casos[62]. Assim, há casos em que o quórum não é atingido e a recuperação não pode ser concedida, sem que se possibilite uma avaliação da relevância da recuperação a credores e demais *stakeholders*.

A fragilidade que vem sendo apontada pela doutrina é evidenciada pela exigência legal de voto favorável de mais de 1/3 dos credores da classe dissidente [63]; isso porque não é raro que a classe dissidente contenha apenas um credor ou que um mesmo credor concentre mais de 2/3 dos créditos da mesma. Nessa hipótese, afirma Eduardo Munhoz[64] que a legislação não teria contemplado qualquer instrumento para superação de eventual veto desse credor.

Por outro lado, o rigor do quórum alternativo exigido também não é suficiente para garantir uma tutela completa dos interesses dos credores da classe dissidente[65]. Isso se dá porque, não havendo qualquer previsão de pagamento mínimo ou de hierarquia de recebimento a ser observada, pode-se justamente permitir o sacrifício dos direitos dessa classe dissidente em prol das outras[66], demonstrando-se que o sistema pátrio carece de ajustes para tutelar adequada e teleologicamente determinados credores.

Enfim, a ausência de regras distributivas entre os credores, se por um lado permite que devedores e credores negociem o plano de recuperação judicial sem regras rígidas, por outro lado dificulta qualquer avaliação de razoabilidade das negociações, já que os próprios credores não possuem parâmetros para suas expectativas, sobretudo em face da reconhecida ineficiência do instituto da falência para fins de preservação do valor dos ativos da empresa e pagamento dos credores no ordenamento brasileiro.

---

[62] CEREZETTI, S. C. N. A. *A Recuperação Judicial de Sociedades por Ações: o princípio da preservação da empresa na lei de recuperação e falência*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 312.

[63] CAMPANA FILHO, Paulo Fernando; BATISTA, Carolina S. J.; MIYAZAKI, Renata Y.; CEREZETTI, S. C. N. A prevalência da vontade da assembleia geral de credores em questão: o cram down e a apreciação judicial do plano aprovado por todas as classes. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 143, 2006. p. 216.

[64] MUNHOZ, Eduardo Secchi. Do procedimento de recuperação judicial. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes (coord.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 288.

[65] Ver CEREZETTI, S. C. N. A. *A Recuperação Judicial de Sociedades por Ações: o princípio da preservação da empresa na lei de recuperação e falência*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 315-316.

[66] CAMPANA FILHO, Paulo Fernando; BATISTA, Carolina S. J.; MIYAZAKI, Renata Y.; CEREZETTI, S. C. N. A prevalência da vontade da assembleia geral de credores em questão: o cram down e a apreciação judicial do plano aprovado por todas as classes. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 143, 2006, p. 220.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Exposto o panorama dos critérios de aprovação de planos de recuperação judicial no sistema brasileiro de insolvências, em especial do quórum alternativo previsto no art. 58, §§ 1º e 2º, da LFRE, constata-se um movimento crítico – doutrinário e jurisprudencial – no tocante ao caráter emintemente numérico e fechado dos critérios previstos pela legislação vigente.

Como corolário desse rigorismo de critérios para aplicação do quórum alternativo de aprovação do plano de recuperação, estabelecido pelo art. 58, §§ 1º e 2º, da LFRE, tem ocorrido uma flexibilização dos requisitos legais por parte da atividade jurisprudencial. Nesse sentido, em junho de 2018, no julgamento do Recurso Especial nº 1.337.989/SP[67], a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu ser possível ao juiz flexibilizar os requisitos legais do *cram down* brasileiro em determinados casos.

O caso analisado pela Corte Superior envolvia a existência de apenas três credores na classe de credores com garantia real, em que apenas um votou pela aprovação do plano, não tendo sido cumprida a exigência de voto favorável de *mais de um terço* dos credores da classe dissidente. Na referida decisão, restou afirmado que o magistrado deve agir "com sensibilidade na verificação dos requisitos do cram down", pautado pelo princípio da preservação da empresa e pelo objetivo de evitar um abuso da minoria.

Decisões desta natureza, por outro lado, têm sido alvo de críticas pela insegurança jurídica que geram. Cuida-se, em verdade, de uma ampliação dos poderes do juiz, mediante a ponderação de critérios não previstos em lei e a consequente flexibilização das disposições legais na aplicação do instituto[68]. É o que identifica Haroldo Malheiros[69], para quem uma hermenêutica principiológica menos fechada dos requisitos e quóruns legais torna o judiciário mais flexível para concessão do *cram down*, quase sempre com base no princípio da preservação da empresa.

Outro efeito do modelo brasileiro, mais especificamente da previsão legal de quatro classes de credores estanques, foi a estratégia de criação, nos planos de recuperação judicial, de "subclasses" de credores, com vistas a reunir credores com interesses econômicos mais

---

[67] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.337.989/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 08/05/2018, publicado em 04/06/2018.

[68] BRANCO, Gerson L. C. O poder dos credores e o poder do juiz na falência e na recuperação judicial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 936, p. 43 e seguintes, out. 2013.

[69] VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Recuperar ou não recuperar, eis a questão: o poder/dever do juiz. In: CEREZETTI, S. C. N; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coord.). *Dez anos da Lei nº 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência*. São Paulo: Almedina, 2015. p. 361-365.

convergentes[70]. A prática tem revelado a utilização de critérios como a natureza da relação jurídica entre o credor e a devedora (v.g., caso Parmalat[71]), a relevância do credor para a atividade da devedora (v.g., caso LBR[72]), o valor do crédito ou outros critérios que justifiquem um tratamento dissociado.

Nesta toada, os Tribunais já reconheceram a licitude da formulação de propostas distintas para credores de uma mesma classe e integrantes de diferentes subclasses criadas pelo plano, em atenção a interesses específicos de cada subclasse de credores. Todavia, a licitude desta estratégia depende necessariamente da verificação de determinadas circunstâncias, avaliadas caso a caso, em sede de controle de legalidade.

Com efeito, a relevância – e a impropriedade – dos critérios de aprovação de planos de recuperação judicial em caso de não aprovação por todas as classes de credores foi reconhecida recentemente na elaboração do Projeto de Lei n.º 10.220/2018, que visa a reformar a Lei 11.101/05. Independentemente das criticáveis propostas no tocante a questões sensíveis – como o tratamento dos créditos fiscais na recuperação judicial – o Projeto traz modificações significativas também à forma de aprovação dos planos, como a inserção da possibilidade de o plano de recuperação agrupar os credores em classes mais flexíveis (mantida a necessidade de existência de uma classe de créditos derivados da legislação do trabalho)[73]. Tal prerrogativa, naturalmente, também demandará um adequado controle de legalidade dos critérios utilizados para criação das classes.

Ademais, o Projeto modifica parcialmente os critérios exigidos para concessão da recuperação judicial sem a aprovação por todas as classes. Sua redação atual prevê, como requisitos, (a) rejeição por no máximo uma classe de credores; (b) na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de um terço dos credores; (c) a não imposição, aos credores

---

[70] AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 237.

[71] Processo de Recuperação Judicial nº 000.05.06.8090-0. 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais, Foro Central da Comarca de São Paulo, São Paulo.

[72] Processo de Recuperação Judicial nº 0015595-79.2013.8.26.0100. 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais, Foro Central da Comarca de São Paulo, São Paulo.

[73] "Art. 45. Para fins de deliberação sobre o plano de recuperação judicial, os credores serão organizados em classes previstas no próprio plano.
§ 1º Os titulares de créditos derivados da legislação do trabalho votarão na classe em que forem alocados com o total de seu crédito, independentemente do valor e dos encargos relativos ao crédito.
§ 2º O direito real de garantia qualifica o crédito como garantido até o valor do bem gravado na data do ajuizamento da recuperação judicial e o restante será tratado como quirografário.
§ 3º Nas deliberações sobre o plano de recuperação, as classes de credores dispostas no plano aprovarão a proposta.
§ 4º A aprovação de cada classe depende da concordância dos credores que representem mais da metade do valor total dos créditos dos credores daquela classe presentes à assembleia geral de credores e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes.
§ 5º As classes cujos créditos não sejam alterados pelo plano ou não tenham suas condições originais de pagamento alteradas não precisarão aprovar o plano de recuperação judicial." (NR)

da classe dissidente, de sacrifício do seu crédito maior do que aquele que decorreria da liquidação na falência, exceto se houver concordância expressa do prejudicado; e (d) a concessão de tratamento igualitário aos membros da mesma classe de credores, exceto se houver concordância expressa do prejudicado.

Assim, o Projeto de Lei incorpora, em seus critérios, o instituto do *best-interest-of-creditors*[74] oriundo do sistema estado-unidense, ainda que com caráter distinto, já que, naquele ordenamento, trata-se de requisito geral de confirmação dos planos de reorganização, enquanto que, no Projeto, seria critério de aplicação de *cram down*. Por seu turno, apesar das consideráveis críticas acima elencadas[75], o Projeto manteve a exigência de voto favorável de mais de um terço dos credores integrantes da classe dissidente.

Por fim, o Projeto igualmente não contempla qualquer regra de distribuição de valores entre os credores na recuperação judicial, deixando de estabelecer uma ordem prioritária de pagamentos ou critérios de avaliação da razoabilidade da proposta destinada a cada classe[76]. Com isso, mantém-se uma ampla margem ao devedor na elaboração dos planos de recuperação, inobstante permaneçam os desafios distributivos entre credores com prioridade de recebimento distintas em caso de falência - os quais tendem a avaliar o plano sob perspectivas diferentes.

Neste cenário, cabe aguardar, com expectativas, o desenrolar legislativo do Projeto, sem nunca se perder de vista o relevante papel da doutrina e da jurisprudência na construção de modelos que compatibilizam o conteúdo normativo - historicamente construído dos institutos próprios do direito comercial e do direito da empresa em crise - com as necessidades empíricas da sociedade, no que tange a um sistema de recuperação de empresas eficiente e justo na tutela adequada dos *stakeholders* da empresa.

---

74 "Art. 58-A. Observado o disposto no art. 58, o plano que não obtiver aprovação na forma estabelecida no art. 45, § 3º e § 4º, poderá ser homologado desde que, de forma cumulativa: I - tenha sido aprovado pelas classes com rejeição por, no máximo, uma delas; II - na classe que o houver rejeitado, conte com o voto favorável de mais de um terço dos credores, computados na forma estabelecida no § 4º do art. 45; e III - não imponha aos credores da classe dissidente sacrifício do seu crédito maior do que aquele que decorreria da liquidação na falência, exceto se houver concordância expressa do prejudicado." (NR)

75 Esse requisito não havia sido contemplado na redação original sugerida pelo Grupo de Trabalho constituído pelo Ministério da Fazenda por meio da Portaria nº 467 "com a finalidade de estudar, consolidar e propor medidas voltadas ao aprimoramento da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e de outros instrumentos legais associados aos temas de recuperação e falência de empresas". Contudo, após o envio de uma sugestão de texto de reforma ao Ministério da Fazenda, o Projeto que acabou sendo encaminhado ao Congresso (Projeto de Lei 10.220/18) conteve modificações, dentre elas a retomada da exigência legal de voto favorável de mais de um terço dos credores da classe dissidente.

76 Também nesse tocante, a minuta elaborada originalmente pelo Grupo de Trabalho constituído pelo Ministério da Fazenda contemplava regras distribuitivas entre os credores em sua relação vertical. Previa o texto que, para concessão da recuperação judicial nestes casos, o plano deveria prever "tratamento econômico razoável aos credores da classe dissidente, salvo concordância expressa do prejudicado". Este tratamento razoável seria atendido se o plano (i) *não conferisse a nenhum credor o pagamento de valores superiores ao que lhe é devido* e (ii) *não previsse qualquer pagamento a credor que, na liquidação, seria satisfeito posteriormente aos credores da classe dissidente, até que os créditos destes sejam completamente adimplidos*.

BIBLIOGRAFIA

ARAGÃO, Paulo Cezar; BUMACHAR, Laura. A assembleia geral de credores na lei de recuperação e falências. In: SANTOS, Paulo Penalva (coord.). A nova lei de falências e de recuperação de empresas: Lei n. 11.101/2005. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

AYOTTE, Kenneth M.; MORRISON, Edward R. Morrison. Creditor Control and Conflict in Chapter 11. Columbia University, Center for Law & Economics, Research Paper n. 321, jul. 2008.

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. A Construção Jurisprudencial da Recuperação Judicial de Empresas. 2. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BRANCO, Gerson L. C. O poder dos credores e o poder do juiz na falência e na recuperação judicial. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 936, p. 43 e seguintes, out. 2013.

CAMPANA FILHO, Paulo Fernando; BATISTA, Carolina S. J.; MIYAZAKI, Renata Y.; CEREZETTI, S. C. N. A prevalência da vontade da assembleia geral de credores em questão: o cram down e a apreciação judicial do plano aprovado por todas as classes. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 143, 2006.

CASEY, Anthony J. The Creditors' Bargain and Option-Preservation Priority in Chapter 11. University of Chicago Law Review. vol. 78, 2011.

CEREZETTI, S. C. N. A Classe de Credores como Técnica de Organização de Interesses: Em defesa da alteração da disciplina das classes na Recuperação Judicial. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de (coord.). Direito das Empresas em Crise: Problemas e Soluções. v. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

CEREZETTI, S. C. N. A. A Recuperação Judicial de Sociedades por Ações: o princípio da preservação da empresa na lei de recuperação e falência. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 312.

COMPARATO, Fábio Konder. Aspectos jurídicos da macro-empresa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

COOGAN, Peter F. Confirmation of a Plan under the Bankruptcy Code. Case Western Reserve Law Review, v. 32, n. 2.

ESTEVEZ, André Fernandes. O plano de recuperação judicial e a assembleia-geral de credores: poderes e deveres dos credores, do devedor e do juiz. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

FRANCO, Vera Helena de Mello. O modelo falimentar norte-americano - particularidades. Relevo aos capítulos 7, 11,12, 13 e 15 do Bankruptcy Code. Revista de Direito Empresarial, São Paulo, v. 7.

HANLEY, Brian P. Preserving the Secured Creditor's Bargain in Chapter 11 Cramdown Scenarios. Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law, v. 8, n. 2, article 7.

KIRSCHBAUM, Deborah. A recuperação judicial no Brasil: Governança, financiamento extraconcursal e votação do plano. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

LOPUCKY, Lynn M.; TRIANTS, George G. A Systems Approach to Comparing U.S. and Canadian Reorganization of Financially Distressed Companies. Harvard International Law Journal, v. 35, n. 2, Spring 1994.

LUBBEN, Stephen J.. Credit Derivatives & the Future of Chapter 11. Seton Hall Public Law Research Paper No. 906613. Am. Bankr. L.J., v. 84, n. 4, 2007

MALOY, Richard. A primer on cram down: how and why it works. St. Thomas Law Review, Miami, Fall, 2003.

MARTIN, Nathalie. The Role of History & Culture in Bankruptcy & Inslovency Systems.

MARTINS, Glauco Alves. O cram down no direito brasileiro: comparação com o direito estrangeiro e evolução jurisprudencial. Revista de Direito Empresarial, São Paulo, v. 20.

MOREIRA, Alberto Camiña. Poderes da assembleia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de. Direito falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicionais na apreciação do plano de recuperação judicial. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, Ano 10, n. 36, 2007.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Do procedimento de recuperação judicial. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes (coord.). Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ORDIN, Robert. L. The Good Faith Principle in the Bankruptcy Code: A Case Study. The Business Lawyer, v. 38, n. 4.

POSNER, Richard A.. Economic analysis of law. 5 ed. New York: Aspen Law & Business, 1998.

PUGLIESI, Adriana Valéria. Limites da autonomia privada nos planos de reorganização das empresas. Revista do Advogado, São Paulo, Ano XXXVI, n. 131.

ROSTOW, Eugene V.; CUTLER, Lloyd N. Competing Systems of Corporate Reorganization: Chapters X and XI of the Bankruptcy Act. Yale Law School Legal Scholarship Repository. Faculty Scholarship Series, Paper 2149, 1939.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luís Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005. São Paulo: Almedina, 2016.

TABB, Charles Jordan. The Law of Bankruptcy. Second Edition. New York: Foundation Press, 1997.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Recuperar ou não recuperar, eis a questão: o poder/dever do juiz. In: CEREZETTI, S. C. N; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coord.). Dez anos da Lei nº 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência. São Paulo: Almedina, 2015.

A CONTAGEM DE PRAZOS NA LEI Nº 11.101/05 À LUZ DO NOVO CPC

Gabriele Chimelo[77]

Greise Hellmann[78]

Resumo: O objetivo deste artigo é expor como o advento do novo Código de Processo Civil e sua inovadora regra para contagem de prazos em dias úteis afetou a Lei nº 11.101/05, e de que forma a doutrina e a jurisprudência — o Superior Tribunal de Justiça à frente — têm interpretado tal mudança e buscado responder às dúvidas por ela suscitadas. Com essa exposição, o que se almeja é lançar luzes sobre o problema, dirimindo-o ao máximo, e contribuindo assim modestamente para o desfazimento do estado de insegurança jurídica em que se viu lançada a comunidade jurídica.

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil. Lei nº 11.101/05. Recuperação judicial. Falência. Contagem de prazo. Prazos materiais. Prazos processuais. *Stay period*.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 a nova regra de contagem e as espécies de prazos. 2.1 Prazos processuais. 2.2 Prazos materiais. 3 a contagem de prazos na Lei nº 11.101/05 à luz do novo cpc. 3.1 Contagem dos prazos processuais na LRF. 3.2 Contagem dos prazos materiais na LRF. 3.3 Contagem dos demais prazos na LRF. 3.4 O *stay period*. 3.5 O prazo para apresentação do plano de recuperação judicial. 3.5 Posicionamento da jurisprudência e do STJ. 4 conclusão. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (NCPC) em 18 de março de 2016, uma série de mudanças foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio, visando ao atendimento de demandas da comunidade jurídica e à adequação de novas realidades nas relações processuais. Dentre tais inovações, talvez a mais saliente e impactante tenha sido a nova regra de contagem de prazos. Se antes, como norma, se contavam corridos os dias, agora contam-se somente os dias úteis, na forma prevista no art. 219 do novo código. Nem todos os prazos, porém, vinculam-se a esta regra de contagem, mas somente os chamados prazos processuais, como o parágrafo único do supracitado dispositivo legal deixou claro.

---

[77] Sócia e coordenadora jurídica da área de Reestruturação de Empresas da Scalzilli Althaus. Especialista em Recuperação de Empresas. Formada em Direito pela Unisinos. MBA em Direito Empresarial. Foi fundadora e Vice-Presidente da Comissão Especial de Falência e Recuperação Judicial da OAB/RS, onde permanece membro até hoje. É professora da ESPM-Sul no Curso de Gestão de Crise Empresarial, Recuperação Judicial e Falência

[78] Advogada. Pós-graduada em Direito Tributário e Direito Público.

Essa nova regra afetou a contagem de prazos de diversos diplomas legais anteriores ao novo CPC, já que este, como dispõe o seu art. 15, aplica-se supletiva e complementarmente aos processos trabalhistas, eleitorais e administrativos, visando a suprir-lhes eventuais lacunas normativas. A Lei nº 11.101/05 (LRF) foi especialmente afetada pela nova regra, uma vez que, não prescrevendo nenhuma forma de contagem dos diversos prazos que traz em seu bojo, se lhe aplicaria o art. 219 do NCPC, alterando-se a antiga forma de apuração dos prazos.

Mas quais prazos da Lei de Recuperação e Falência tiveram sua forma de contagem modificada pelo novo código? Seguindo estritamente o que dispõe o novel diploma, todos os prazos processuais previstos em dias deveriam ser contados na regra do art. 219; porém, juízes têm entendido de forma diversa a incidência do NCPC sobre o processo falimentar nesse ponto, suscitando com isso dúvidas entre os operadores de Direito, em especial no tocante ao prazo de 180 dias de suspensão do curso da prescrição e das execuções e ações ajuizadas contra a empresa recuperanda e de 60 dias para apresentação do plano de recuperação judicial, previstos na Lei nº 11.101/05. Visando à superação de uma possível insegurança jurídica, expressa na divergência doutrinária sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento, em julgamento de recurso especial, de que tais prazos, sendo materiais, deveriam ser contados em dias corridos, não se lhes aplicando, portanto, a regra do novo código.

E quanto aos demais prazos previstos na lei falimentar? Como o acórdão do STJ não tem efeito vinculante, e como ele não tratou peremptoriamente do assunto, esgotando-o, ainda persistem dúvidas sobre a extensão da aplicação da nova regra do NCPC à LRF, como se percebe pela intensa discussão doutrinária.

O objetivo geral deste artigo, portanto, será expor o problema da contagem dos prazos na Lei nº 11.101/05 à luz do novo Código de Processo Civil. Especificamente, buscar-se-á apresentar como a doutrina e a jurisprudência têm respondido às dúvidas levantadas por essa questão, visando a contribuir para os esforços que a comunidade jurídica tem empreendido para aclarar o problema e debelar uma possível insegurança jurídica.

Justifica-se o tema pela necessidade de sanar as dúvidas que persistem quanto à forma de contagem de prazos no processo recuperacional e falimentar, esperando-se que este artigo dê seu contributo à futura resolução do problema.

2 A NOVA REGRA DE CONTAGEM E AS ESPÉCIES DE PRAZOS

Talvez a principal modificação introduzida no ordenamento jurídico pelo novo Código de Processo Civil tenha sido a forma de contagem de prazos, expressa no seu art. 219: "Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis".[79]

Caso haja um conflito normativo, o primeiro critério utilizado para dirimi-lo e evitar a configuração de uma antinomia é o hierárquico, de aplicação universal, seguindo o brocardo jurídico "a lei superior revoga a lei inferior".[80] Pode ocorrer, contudo, de as leis em confronto estarem no mesmo plano hierárquico. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, de 1942, apresenta outro critério, ao afirmar, em seu art. 2º, que uma lei sem prazo de vigência somente é revogada ou modificada por outra lei; e, mais ainda, que a "lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior" (art. 2º, § 1º, LINDB).[81] Este é o critério cronológico para solução de conflitos normativos. Se as normas colidentes estão no mesmo plano hierárquico e foram editadas na mesma data, lança-se mão, então, do critério da especialidade. Nesse caso, "entre uma norma geral e uma norma especial, esta deve prevalecer, aplicando-se o critério da especialidade", condensado no brocardo "a lei especial derroga a lei geral".[82]

De que modo e em que extensão, então, a nova regra de contagem de prazos do NCPC afeta a Lei nº 11.101/05? Por um lado, o novo código, sendo uma lei ordinária federal, está no mesmo patamar hierárquico da Lei de Recuperação e Falência. Ademais, embora seja mais recente, o código é lei geral, enquanto a LRF é lei especial. Ocorre que esta "nada diz sobre como devem ser contados os prazos processuais".[83] A solução é dada pelo próprio texto legal de ambas as leis. O NCPC, em seu art. 15, afirma que, na "ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente". Já a LRF dispõe, em seu art. 189, que o Código de Processo Civil se aplica, "no que couber, aos procedimentos previstos nesta Lei".

---

[79] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>.
[80] Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-23/conflito-entre-leis-falencias-locacoes-resolver>.
[81] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm>.
[82] idem
[83] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>.

A nova regra de contagem de prazos introduzida pelo art. 219 do NCPC no ordenamento jurídico, porém, não tem força irrestritamente sobre todo e qualquer prazo. O parágrafo único do mencionado dispositivo delimita a utilização da regra, ao especificar que ela se aplica "somente aos prazos processuais". Isto quer dizer que a regra não se estende aos chamados prazos materiais.

Antes de analisarmos quais prazos contidos na Lei nº 11.101/05 serão contados na forma prevista no novo código e quais não o serão, convém discorrer a respeito de prazos processuais e prazos materiais, conceituando-os devidamente, o que facilitará a compreensão de como e em que medida o art. 219 do NCPC tem força sobre o processo de recuperação judicial e falência de empresas.

2.1 Prazos Processuais

Prazos processuais são aqueles que, como o nome já diz, se destinam à regulação do direito processual, que nada mais é do que um conjunto de normas e princípios os quais, aplicados à realidade da ação judicial, realizam o direito material, outorgam a tutela jurisdicional por meio do acionamento do Estado-juiz.

Os prazos processuais regulam os atos processuais. Segundo Luiz Rodrigues Wambier:[84]

> Os atos processuais são conceituados como toda manifestação da vontade humana que tem por fim criar, modificar, conservar ou extinguir a relação jurídica processual. Não ficam restritos à esfera de atuação das partes, mas de todos os sujeitos do processo.

Em um processo, os atos das partes, segundo Wambier (2006)[85], podem ser classificados como dispositivos — aqueles que buscam alcançar o resultado desejado por meio da produção de um efeito processual — e de obtenção — que constituem a objetivação dos atos dispositivos, ou seja, são as práticas da parte que visam à obtenção do resultado almejado, seja este de ordem processual, seja de ordem material.

---

[84] WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil. São Paulo: RT, 10. ed., 2006. p. 164.
[85] Idem.

Nas palavras de Marco Aurélio Ventura Peixoto,[86] prazo processual "é o intervalo temporal de que se dispõe para a prática de um ato processual ou que acarreta consequências de ordem processual".

É importante ressaltar que

> [...] os atos processuais podem ser considerados não apenas aqueles do procedimento, como também os atos que interfiram na relação jurídica processual, abrangendo também aqueles que tenham sido efetivamente praticados dentro do processo, a depender de sua relevância ou valor para o processo. Além disso, o prazo poderá ser processual mesmo quando sua prática independer de intermediação de um representante judicial.[87]

Não pouca polêmica causou entre a melhor doutrina a nova forma de contagem úteis engendrada pelo NCPC. A regra de contagem em dias úteis tem, porém, seus requisitos para poder ser aplicada. O próprio parágrafo único do art. 219 do novo código explicita um desses requisitos, ao restringir a contagem em dias úteis somente aos prazos processuais. Sobre isso, Guilherme Rizzo Amaral afirma:

> Ressalte-se, por fim, que a regra de contagem de prazos apenas em dias úteis aplica-se tão somente a prazos processuais. Isso significa que os prazos concedidos às partes para o cumprimento de sentença ou decisões interlocutórias que lhes imponham obrigações não contarão com o beneplácito do art. 219, contando-se de forma corrida igualmente em dias não úteis.

Daniel Amorim Assumpção Neves,[88] ademais, leciona que não há nenhuma regra específica no ordenamento jurídico prescrevendo a contagem dos prazos em dias corridos. O autor ainda nos lembra que, embora a maior parte dos prazos processuais esteja prevista em dias nas leis, há muitos que são fixados em horas, meses, anos.[89]

A polêmica advém da dificuldade em definir o que seja prazo processual. Teresa Arruda Alvim Wambier e Arthur Mendes Lobo[90] assim tentam solucionar o problema:

---

[86] Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/viewFile/2016/1741>.
[87] Disponível em: <https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/495452096/o-prazo-em-dias-uteis-no-art-219-do-cpc-2015>.
[88] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. Volume único. p. 360.
[89] Idem.
[90] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LOBO, Arthur Mendes. Prazos processuais devem ser contados em dias úteis com novo CPC. 7 mar. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-07/prazos-processuais-contados-dias-uteis-cpc>. Acesso em: 14 set. 2016.

> Uma interpretação mais razoável e condizente com a segurança jurídica seria, a nosso ver, a seguinte: prazos processuais são os prazos fixados em lei ou em decisão judicial que determinam "quando" e "como" devem ocorrer situações jurídicas que geram efeitos processuais. São atos que marcam as fases do processo e impulsionam o feito para a fase seguinte.

2.2 Prazos Materiais

O direito material lida com a substância jurídica, com o conteúdo, e não com a forma, disciplinando, através de um conjunto de normas, as relações jurídicas que protegem bens de titularidade de pessoas, sejam esses bens oriundos de relações de trabalho, de negócios particulares, de comércio, de obrigações de natureza tributária etc. O prazo material, portanto, é, segundo Peixoto,[91] "o lapso que se tem para a prática de um ato não qualificado como processual, mesmo que previsto no Código de Processo Civil". Exemplos típicos de prazo material são o prazo decadencial e o prescricional.

Outro exemplo dá-nos Amaral,[92] ao defender que o prazo de 15 dias, previsto no art. 523 do NCPC, para que o condenado pague o débito fixado em sentença, uma vez instaurada a fase de cumprimento, é de natureza material:

> Apesar de existir corrente doutrinária que defende tratar-se de um prazo processual (apud, Scarpinella Bueno, Manual, p. 402), em meu entendimento o prazo é material, porque o pagamento é ato a ser praticado pela parte e não pelo advogado, não se tratando, portanto, de ato postulatório.

Manoel Justino Bezerra Filho[93] classifica os prazos materiais em absolutos e relativos. Segundo o autor, o prazo material absoluto "seria contado de forma contínua porque não sofre interferência de outros atos ou prazos processuais em seu decurso". Já o prazo material relativo é aquele em que se computam "apenas os dias úteis porque depende da contagem de outros prazos de natureza processual".

Em suma, se, por um lado, os prazos processuais destinam-se à regulação temporal da prestação jurisdicional, bem como dos recursos e incidentes processuais, garantindo-se que sejam cumpridos em tempo razoável e evitando-se assim, à medida do possível, a morosidade

---

[91] Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/viewFile/2016/1741>.
[92] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. Volume único. p. 1.124.
[93] Disponível em: <https://www.valor.com.br/legislacao/4581655/recuperacao-judicial-e-o-novo-cpc>.

na tramitação das ações, os prazos materiais, por sua vez, servem de ferramenta de controle das relações obrigacionais estabelecidas no processo.

Não se pense, todavia, que a distinção entre prazos processuais e prazos materiais, como introduzida pelo novo CPC, está livre de dificuldades. Discute-se não somente se este ou aquele prazo de tal e qual lei é material ou processual, como também o que são um e outro. Entende-se, porém, que a conceituação fixada neste capítulo é esclarecedora e auxilia na compreensão dos diversos prazos contidos no sistema de insolvência brasileiro e na sua correta forma de contagem.

3 A CONTAGEM DE PRAZOS NA LEI Nº 11.101/05 À LUZ DO NOVO CPC

A Lei nº 11.101/05, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, traz uma série de procedimentos e prazos próprios, buscando um equilíbrio entre a importância de assegurar-se a solvência e a funcionalidade da recuperanda — levando-se em conta, acima de tudo ,a finalidade social da empresa, pois ela é garantia de empregos e de arrecadação fiscal — e de garantir a satisfação dos credores. E, como afirma Gerson Luiz Carlos Branco,[94]

> a edição do novo CPC (Lei 13.105, de 2015) trouxe dúvidas adicionais à Recuperação Judicial, tendo em vista que assim como a Falência, a Recuperação Judicial é conformada por normas tanto de direito material quanto de direito processual. [...] Essa natureza mista exige a reflexão sobre como deve ser feita a contagem dos prazos no processo de recuperação judicial, tendo em vista a importante disposição do artigo 219 do CPC [...].

Dentre os prazos contidos na LRF, portanto, alguns são processuais, outros são materiais. Como já se disse, as disposições do novo Código de Processo Civil aplicam-se supletiva e complementarmente à Lei de Recuperação e Falência em suas lacunas normativas, que é o caso da forma de contagem dos prazos, uma vez que a LRF não prevê em nenhum momento isso. Viu-se também, no capítulo anterior, que a regra do art. 219 do NCPC aplica-se somente aos prazos processuais. De que modo, então, ela afeta a LRF? Segundo Daniel Carnio Costa, "tem-se que todos os prazos processuais previstos na Lei nº 11.101/05, estabelecidos em dias, deverão ser contados em dias úteis".[95]

---

[94] Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jun-06/direito-civil-atual-cpc-efeito-prazos-recuperacao-judicial>.
[95] Disponível em: <https://www.valor.com.br/legislacao/4545335/recuperacao-judicial-no-novo-cpc>.

É fundamental, portanto, fazer a distinção dos prazos processuais e prazos materiais previstos na LRF, para saber como devem ser contados, bem como apresentar aqueles prazos que não são expressamente previstos em dias.

3.1 Contagem dos prazos processuais na LRF

O processo de Recuperação Judicial, por sua natureza jurídica, pode ser classificado como "sui generis", visto que envolve prazos direcionados a diversas partes, como por exemplo, à parte (Recuperanda), ao Administrador Judicial e aos credores.

Daniel Carnio Costa inclui entre os prazos processuais da LRF os 15 dias previstos no art. 7º, § 1º, para que os credores apresentem ao administrador judicial suas habilitações ou suas divergências em relação aos créditos.[96] O mencionado Jurista ressalta a natureza processual de outros prazos na Lei nº 11.101/05, como os 45 dias concedidos ao Administrador Judicial para apresentar a relação de credores (art. 7º, § 2º, LRF) e os 10 dias para que credores, devedores ou sócios destes e o Ministério Público apresentem impugnação perante o juízo à relação de credores (art. 8º, *caput*, LRF).[97] A todos estes prazos, sendo processuais e demandando expressamente o seu cumprimento em dias, aplica-se, segundo Costa, a regra prevista no art. 219 do novo Código de Processo Civil, isto é, contam-se em dias úteis somente.

Quanto ao prazo máximo para a realização da assembleia geral de credores, prevista no art. 56, § 1º, da Lei de Recuperação e Falência, "é considerado processual, vez que estipula tempo para a prática de ato no processo. Portanto, o prazo de 150 dias previsto no artigo 56, parágrafo 1º, da LRF também deve ser contado em dias úteis".[98]

Há divergência, contudo, entre a melhor doutrina mesmo no tocante à contagem dos prazos supracitados. Por um lado, o professor Gerson Branco[99] concorda que os prazos eminentemente processuais da LRF devem ser contados à luz do que estabelece a regra do NCPC:

> os prazos que dizem respeito propriamente a "prestação da jurisdição", tais como os prazos de contestação da impugnação de crédito (Art. 11), prazos de agravo, de apelação e de todos os incidentes processuais que não digam respeito às relações de Direito Material são regidos pelo CPC e,

[96] Idem.
[97] Idem.
[98] Idem.
[99] Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jun-06/direito-civil-atual-cpc-efeito-prazos-recuperacao-judicial>.

> consequentemente, serão contados segundo o disposto no Art. 219 do novo diploma adjetivo.

Por outro lado, o mencionado autor discorda, por exemplo, da regra de contagem dos prazos para a habilitação dos credores ou apresentação de divergências e para impugnação da relação de credores, afirmando:

> Os prazos da relação de liquidação não podem ser regidos pelo CPC, pois não se tratam de prazos processuais propriamente ditos, porém de prazos de Direito Material cujo exercício se dá por meio de manifestações realizadas no curso de um processo: verdadeiros prazos para o exercício de direitos de crédito.

Percebe-se que a controvérsia não se restringe à incidência da regra do art. 219 do novo código sobre os prazos processuais previstos na Lei de Recuperação e Falência, mas à própria classificação dos prazos em geral da LRF em processuais e materiais.

3.2 Contagem dos prazos materiais na LRF

A Lei de Recuperação e Falência adota um sistema misto de direito material e direito processual. Nas palavras de Branco:[100]

> a Lei 11.101/2005 trata sobre um processo que ocorre no plano do Direito Material, que diz respeito ao modo como os direitos são exercidos, ao modo como os credores concorrem para realizar os seus créditos perante o combalido patrimônio (ou atividade) do devedor e, concomitantemente, para implementar este processo é criada uma relação de Direito Público na qual a jurisdição é prestada.
> A consequência direta dessa premissa é a existência de uma duplicidade normativa regendo o processo de Recuperação Judicial: normas de Direito Material e normas processuais.

Como se viu, os prazos materiais, não sendo abrangidos pelo art. 219 — cuja regra atinge somente os prazos processuais explicitamente expressos em dias —, contam-se em dias sequenciais, sem suspensão nos fins de semana. É o que afirma Branco:

---

[100] Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jun-06/direito-civil-atual-cpc-efeito-prazos-recuperacao-judicial>.

> Os prazos da relação de liquidação não podem ser regidos pelo CPC, pois não se tratam de prazos processuais propriamente ditos, porém de prazos de Direito Material cujo exercício se dá por meio de manifestações realizadas no curso de um processo: verdadeiros prazos para o exercício de direitos de crédito.

E quais seriam os prazos materiais da LRF, os prazos da relação de liquidação evocados por Gerson Luiz Carlos Branco? O autor dá como principais exemplos

> o prazo para a apresentação do plano de recuperação judicial previsto no artigo 53, o prazo de suspensão das ações e execuções (*stay period*) previsto no parágrafo 4º do artigo 6º, o prazo de 15 e 10 dias, respectivamente para habilitação e impugnação, previstos nos artigos 7º, parágrafo 2º e 8º etc.[101]

Como se vê, são prazos tratados por Costa como processuais. Este, aliás, traz como materiais todos aqueles prazos

> estabelecidos na lei ou no plano de recuperação judicial para cumprimento das obrigações e pagamento dos credores não são considerados prazos processuais e, portanto, não são atingidos pela regra do artigo 219 do novo CPC. Assim, por exemplo, o prazo estabelecido no artigo 54, parágrafo único, da LRF para pagamento de créditos trabalhistas deve continuar a ser contado em dias corridos.

Sobre a forma de contagem dos prazos materiais, que será sempre em dias corridos, lembra-nos Branco[102] que ela bebe da fonte do "Código Civil, que também rege as relações empresariais, sendo aplicável a sua parte geral e os dispositivos do artigo 132, cujo modo de contagem é muito similar ao do CPC de 1973, tendo em vista que se tratam de prazos contínuos".

Branco,[103] que, como se percebe, vê menos prazos processuais na Lei de Recuperação e Falência que outros doutrinadores, alerta-nos, porém, que nem todos os seus prazos são só materiais:

---

[101] Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jun-06/direito-civil-atual-cpc-efeito-prazos-recuperacao-judicial>.
[102] Idem.
[103] Idem.

> Em outras palavras, não basta que o prazo esteja previsto na Lei 11.101/2005 para que seja considerado material, pois como identificado no artigo 11, tal prazo é processual e segue a lógica do CPC.
> Será necessário, pois, investigar a natureza do prazo: se diz respeito à relação obrigacional e ao modo de exercitar os direitos, será material e regido pelo Código Civil. Se disser respeito a incidentes processuais, a recursos ou à prestação jurisdicional, o prazo será processual e seguirá o modo de contagem do CPC.

O que se extrai do confronto da melhor opinião da doutrina sobre a contagem de prazos materiais no sistema de insolvência pátrio é a dificuldade em delimitar com clareza quais devem ser considerados materiais e quais devem ser tomados por processuais. Essa divergência revela, em última análise, em que medida a Lei de Recuperação e Falência foi afetada pela regra do novo CPC.

3.3 Contagem dos demais prazos na LRF

Há, no processo falimentar, uma série de prazos que não são contados em dias, mas em horas e meses. Tais prazos não foram atingidos pela regra do art. 219 do novo Código de Processo Civil, que, como já se disse, abarca apenas os prazos processuais previstos expressamente em dias. É o que afirma Daniel Carnio Costa:[104]

> Os prazos previstos em horas, meses ou anos também não são atingidos pela regra do artigo 219 do novo CPC, vez que a nova forma de contagem de prazos se aplica apenas e tão somente aos prazos contados em dias. Portanto, por exemplo, o prazo de fiscalização do cumprimento do plano de recuperação judicial, previsto no artigo 61 da LRF, continua sendo de dois anos, sem qualquer alteração na forma de sua contagem.

Incluem-se entre esses prazos o decadencial de seis meses para que, ocorrendo algum crime previsto na LRF, o credor habilitado ou o administrador judicial possa oferecer ação penal privada; as 24 horas concedidas ao juiz para que decida a respeito dos pedidos de substituição de administrador judicial ou de membro do comitê de credores; as 48 horas abertas ao administrador judicial e aos membros do comitê de credores para que assinem, na sede do juízo, o termo de compromisso de seus encargos; as 24 horas concedidas ao credor para que entregue ou indique ao administrador judicial procuração conferindo poderes de representação na

[104] Disponível em: <https://www.valor.com.br/legislacao/4545335/recuperacao-judicial-no-novo-cpc>.

assembleia geral a outrem, entre outros. Todos estes prazos, sendo materiais e não estando previstos em dias, contam-se sequencialmente.

3.4 O *stay period*

A maior controvérsia ergueu-se em torno da forma de contagem do chamado prazo de blindagem, os 180 dias improrrogáveis, e do prazo de 60 dias conferido à recuperanda para que apresente o plano de recuperação judicial.

A Lei nº 11.101/05 assim dispõe a respeito da suspensão da prescrição e das ações que tramitam contra a recuperanda:

> Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.
> [...]
> § 4º Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o caput deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial.

Primeiramente, é preciso lembrar que, a finalidade do *stay period*, como lecionam Luiz Roberto Ayoub e Cássio Cavalli,[105] é garantir que a empresa recuperanda cumpra "todos os atos que integram a etapa do processamento da recuperação judicial que antecedem a decisão de concessão". O prazo conferido à recuperanda, ademais, teria ainda uma dupla função, como apontam Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Adriana Pugliesi,[106] quais sejam:

> (i) aliviar a pressão feita quanto a medidas dos credores, oferecendo ensejo à elaboração do plano; e (ii) impedir que alguns credores, mais diligentes, promovam investiduras sobre o patrimônio ativo do devedor, em prejuízo dos demais e do bom termo do processo de recuperação.

---

[105] A Construção Jurisprudencial da Recuperação Judicial de Empresas, Forense, 2ª ed., 2016, p. 128.
[106] Tratado de Direito Empresarial, Recuperação Empresarial e Falência, vol. V, Revista dos Tribunais, 2016, p. 100.

A origem da controvérsia está no fato de que tanto o novo CPC como a LRF são omissas na definição da forma de contagem do prazo de blindagem, sendo corolário lógico disso a divergência na doutrina e na jurisprudência. Segundo o advogado e professor Luiz Dellore,[107] tais discordâncias revelam como a recente reforma processual deixou a desejar na prática, estando eivada de pontos de dúvida que podem prejudicar os litigantes e estorvar a análise do mérito de uma ação, criticando o autor também os tribunais, que em vez de enfrentarem a discussão buscando dirimi-la têm optado por manifestar-se sobre cada prazo isoladamente.

O juiz Daniel Carnio Costa,[108] após admitir que em tese o prazo do *stay period* seria material, entende tratar-se na verdade de um prazo processual composto, isto é, de uma soma de diversos prazos processuais, como diz:

> Questão interessante surge em relação ao prazo de suspensão das ações e execuções ajuizadas contra a empresa em recuperação judicial (*automatic stay*). O prazo de 180 dias de suspensão das ações e execuções movidas contra a recuperanda (*automatic stay*), previsto no artigo 6º, parágrafo 4º e no artigo 53, III, ambos da LRF, deve ser considerado, tecnicamente, como prazo material.
> Isso porque, esses dispositivos não determinam tempo para a prática de ato processual. Assim, em tese, tal prazo não seria atingido pela nova regra do artigo 219 do novo CPC.
> Entretanto, deve-se considerar que o prazo de "automatic stay" tem origem na soma dos demais prazos processuais na recuperação judicial. O prazo de 180 dias foi estabelecido pelo legislador, levando em consideração que o plano deve ser entregue em 60 dias, que o edital de aviso deve ser publicado com a antecedência mínima, que os interessados têm o prazo de 30 dias para a apresentação de objeções e que a AGC deve ocorrer no máximo em 150 dias. Nesse sentido, a intenção do legislador foi estabelecer um prazo justo e suficiente para que a recuperanda pudesse submeter o plano de recuperação judicial aos seus credores - já classificados de forma relativamente estável, vez que promovida a análise dos créditos pelo administrador judicial - e para que o juízo pudesse fazer sua análise de homologação ou rejeição. Vale dizer, foi a soma dos prazos processuais que determinou o prazo de 180 dias de suspensão das ações e execuções contra a empresa devedora.

Em decorrência dessa interpretação, o Julgador Daniel Carnio Costa[109] entende que o prazo de blindagem deve ser contado na forma disposta pelo novo CPC: “tendo em vista a circunstância de que o prazo do ‘*automatic stay*’ é composto pela soma de prazos processuais

---

[107] Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/InsolvenciaemFoco/121,MI273828,101048-Prazo+de+180+dias+de+suspensao+das+demandas+na+recuperacao+judicial>.
[108] Disponível em: <https://www.valor.com.br/legislacao/4545335/recuperacao-judicial-no-novo-cpc>.
[109] Idem.

e a necessidade de preservação da unidade lógica da recuperação judicial, conclui-se que também esse prazo de 180 dias deve ser contado em dias úteis".

Manoel Justino Bezerra Filho,[110] entende que o prazo de 180 dias da LRF é de natureza mista, simultaneamente processual e material, respectivamente no que tange ao passo em que anda a recuperação judicial e ao direito pleiteado pelos credores perante o juízo.

De modo diverso dos dois autores supracitados entende Gerson Luiz Carlos Branco,[111] que trata o prazo do *automatic stay* exclusivamente como material, defendendo que seja ele contado, portanto, em dias corridos:

> Os prazos da relação de liquidação não podem ser regidos pelo CPC, pois não se tratam de prazos processuais propriamente ditos, porém de prazos de Direito Material cujo exercício se dá por meio de manifestações realizadas no curso de um processo: verdadeiros prazos para o exercício de direitos de crédito.
> Assim pode-se indicar o prazo para a apresentação do plano de recuperação judicial previsto no artigo 53, o prazo de suspensão das ações e execuções (*stay period*) previsto no parágrafo 4º do artigo 6º, o prazo de 15 e 10 dias, respectivamente para habilitação e impugnação, previstos nos artigos 7º, parágrafo 2º e 8º etc.

Como se verá, quando se tratar da visão da jurisprudência, a tendência é que a opinião do professor Gerson Branco prevaleça, porém as divergências aqui apresentadas são mais uma constatação de que há muitas questões a serem resolvidas e uniformizadas pelos tribunais superiores no tocante à forma de contagem de prazos na LRF.

3.5 O prazo para apresentação do plano de recuperação judicial

O *stay period* é um momento crucial no processo recuperacional, pois durante esses 180 dias todos os processos de conhecimento e todas as execuções e atos expropriatórios existentes direcionados contra a empresa requerente ficam suspensos, passando esta a gozar portanto de uma proteção legal contra seus credores. E é dentro desse período que o administrador judicial

---

[110] Manoel Justino Bezerra Filho. A Recuperação Judicial e o Novo CPC. Valor Econômico, Rio de Janeiro, 31 maio 2016. https://www.valor.com.br/legislacao/4581655/recuperacao-judicial-e-o-novo-cpc.
[111] Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jun-06/direito-civil-atual-cpc-efeito-prazos-recuperacao-judicial>.

deve apresentar o plano de recuperação judicial da empresa, o qual será submetido à apreciação dos credores em assembleia geral.

A Lei de Recuperação e Falência prescreve, no seu art. 53, que o plano de recuperação deverá ser apresentado pelo devedor no prazo improrrogável de 60 dias, contados da data da publicação da decisão judicial que deferir o processamento da recuperação judicial.

O autor e professor Gerson Branco, como já se viu, inclui o prazo do art. 53 da LRF entre aqueles de relação de liquidação, que, por serem de tipo material, não se submetem à norma de contagem em dias úteis do art. 219 do NCPC. Daniel Costa afasta-se desse entendimento, considerando de natureza processual o prazo para apresentação do plano de recuperação.

Da exposição feita até aqui percebe-se uma forte divergência doutrinária em torno da questão da contagem dos prazos da Lei nº 11.101/05, que começa a ser dirimida pelo Superior Tribunal de Justiça, como se verá a seguir.

3.6 Posicionamento da jurisprudência e do STJ

Para que melhor se compreenda o importante julgado do Superior Tribunal de Justiça, é recomendável remontarmos à controvérsia que nasceu na sentença de primeiro grau.

O juízo de primeiro grau havia entendido por bem, frustrando a expectativa da empresa recuperanda, contar os 180 dias da suspensão do processo de recuperação em dias corridos, não adotando a nova regra trazida pelo art. 219 do NCPC por considerar de natureza material o prazo de 180 dias de suspensão, além de externar em julgado que se trata de Lei específica Levada a controvérsia ao segundo grau, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu pela manutenção da decisão do juízo *a quo* no tocante à contagem do prazo, conforme a ementa que transcrevemos:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL - TUTELA DE URGÊNCIA - CONTAGEM DE PRAZOS EM DIAS ÚTEIS - IMPEDIMENTO DE RETIRADA DE BENS DA EMPRESA - INTELIGÊNCIA DO ART. 49, PARÁGRAFO 3º, DA LEI 11.101/2005 - EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO AO BANCO CENTRAL E LIBERAÇÃO DE 100% DAS TRAVAS BANCÁRIAS - MANUTENÇÃO PARCIAL DA DECISÃO.

> - A tutela de urgência poderá ser antecipada, desde que estejam presentes elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, conforme disposição do artigo 300 do CPC/15. **Se da leitura dos art. 6º, parágrafo 4º e no art. 53, ambos da LRF não se verifica que a natureza dos prazos é de cunho processual, a ensejar a aplicação do CPC/15, porquanto não dizem respeito a incidentes processuais, a recursos ou à prestação jurisdicional, forçoso reconhecer que a natureza do prazo é de cunho material, pois diz respeito à relação obrigacional e ao modo de exercitar os direitos e, portanto, deve ser observado o disposto na lei especial da recuperação judicial** – Lei 11.101/2005.
> - **Ademais, a Recuperação Judicial é regulamentada por Lei específica, que não prevê a contagem de prazo em dias úteis e, por se tratar de lei especial a Lei 11.101/2005, se sobrepõe ao diploma processual civil.** Logo, não há que se falar em desacerto da decisão que indeferiu o pleito de contagem dos prazos na forma do CPC/15, ou seja, em dias úteis e, portanto deve ser mantida a contagem de prazos nos termos previstos na Lei 11.101/2005, de forma contínua, em dias corridos.
> [...]
> Pois bem, ao menos em cognição sumária, não há por onde admitir a novidade defendida pela decisão agravada. É que, apesar do advento do artigo 219 do CPC/15, não parece subsistir divergência a respeito da natureza material do prazo de blindagem da recuperação judicial.
> Embora conclua em sentido diverso, o próprio doutrinador invocado pelo juízo singular reconhece que: O prazo de 180 dias de suspensão das ações e execuções movidas contra a recuperanda (*automatic stay*), previsto no artigo 6º, parágrafo 4º e no artigo 53, III, ambos da LRF, deve ser considerado, tecnicamente, como prazo material. (Fls. 54).
> Assim, seja pela inconsistência do fundamento jurídico, seja pelo risco de prejuízo ao agravante, não há por onde permitir a contagem em dias úteis, do prazo de blindagem da recuperação judicial.
> Ante o exposto, ATRIBUO efeito suspensivo ao recurso, para impedir a contagem em dias úteis do prazo de blindagem.[112] (*grifo nosso*)

Vale ressaltar que também no âmbito do segundo grau jurisdicional há forte controvérsia quanto à forma de contagem do prazo de 180 dias da suspensão da recuperação judicial. A 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por exemplo, no julgamento do agravo de instrumento que tramitou sob o nº AI 2210315-16.2016.8.26.0000, entendeu que o mencionado prazo deveria contar-se em dias úteis, em obediência ao novo Código de Processo Civil, e visando à garantia da segurança jurídica no processamento da recuperação judicial:

---

[112] Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=81834389&tipo=91&nreg=201702274312&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20180613&formato=PDF&salvar=false>.

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. *STAY PERIOD*. **Contagem de prazo de suspensão do art. 6º, § 4º, da Lei n. 11.101/05, que deve ser feita em dias úteis de acordo com o art. 219 do CPC/15.** O cômputo dos dias úteis contribui para a segurança jurídica ao estabelecer critério objetivo ao mesmo tempo em que favorece a eficiência da recuperação judicial e maior oportunidade para a recuperanda cumprir os atos processuais que visam à recuperação judicial em prol da sua própria preservação (*grifo nosso*, art. 47 da Lei n. 11.101/05). Decisão reformada. Recurso provido.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios filiou-se à mesma corrente da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJ-SP, conforme acórdão proferido no processo nº 0706243-54.2017.9.07.0000:

> [...] DEVEDORA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRELIMINAR DE PERDA DE OBJETO. *STAY PERIOD* NÃO CONCLUÍDO. **CONTAGEM EM DIAS ÚTEIS**. SUSPENSÃO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. AUTONOMIA. AUSÊNCIA DE ORDEM DE CONSTRIÇÃO. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO PERANTE O JUÍZO DA RECUPERAÇÃO. FACULDADE DO CREDOR. DECISÃO MANTIDA. [...] (*grifo nosso*, TJ-DF 07062435420178070000 DF 0706243-54.2017.9.07.0000, Relator: Gislene Pinheiro, Data de Julgamento: 13/09/2017).

A 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro engrossou o coro dos que entendem que o prazo do *stay period* é de natureza processual, e não material, devendo os 180 dias, portanto, transcorrer continuamente:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. DEFERIMENTO DO PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. [...] PRAZO DE SUSPENSÃO POR 180 DIAS (*STAY PERIOD*). NATUREZA PROCESSUAL DO PRAZO. **CONTAGEM. APLICAÇÃO DO ART. 219 DO CPC/2015.** [...] O *stay period* destina-se a permitir que o plano de recuperação judicial seja submetido à votação pela assembleia geral de credores, tendo o condão de repercutir dentro e fora do processo. **O prazo tem natureza processual de espera.** A regra contida no artigo 6º, caput e § 4º da Lei 11.101/2005, objetiva impedir que se posterguem os prazos para apresentação e aprovação do plano de recuperação judicial, visando remediar novos prejuízos aos credores da sociedade recuperanda. [...] Conhecimento e desprovimento do recurso. (*grifo nosso*, 0004393-70.2017.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. Des(a). ROGÉRIO DE OLIVEIRA SOUZA - Julgamento: 01/08/2017 - VIGÉSIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL).

Outros tribunais, porém, seguiram a corrente adotada pelo TJ-MG, como o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no julgamento do agravo de instrumento nº 70072927510, cuja ementa transcrevemos:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. SUSPENSÃO DO CURSO DAS AÇÕES E EXECUÇÕES PELO PRAZO DE 180 DIAS. NATUREZA MATERIAL DO STAY PERIOD. CONTAGEM EM DIAS ININTERRUPTOS. 1. Preambularmente, releva ponderar que o prazo suspensivo previsto no art. 6º, §4º, da Lei n.º 11.101/05, possui evidente cunho material, embora a Lei de Recuperação Judicial de Falências tenha disposições de ambas as naturezas, tanto processual como material. 2. **Portanto, em razão de o prazo em tela ter natureza material, deve ser contado em dias corridos e não apenas em dias úteis, conforme a metodologia introduzida pelo novel Código de Processo Civil, prevista em seu art. 219.** Ademais, a norma processual precitada afasta expressamente a possibilidade de cômputo de prazo material apenas em dias úteis, ao estabelecer em seu §1º que, o disposto neste artigo aplica-se somente aos prazos processuais. 3. Releva ponderar, ainda, que a lei especial precitada tem incidência imediata no caso em análise, aplicando-se o diploma processual geral apenas na lacuna daquela e de forma subsidiária, o que não é o caso dos autos. Dado provimento ao agravo de instrumento. (*grifo nosso*, Agravo de Instrumento Nº 70072927510, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 28/06/2017).

Também a 20ª Câmara de Direito Privado do TJ-RJ entendeu que se contam corridos os dias, revelando discordância entre câmaras de um mesmo tribunal:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. [...] PRAZO DE 180 (CENTO E OITENTA DIAS) PARA SUSPENSÃO DAS AÇÕES E EXECUÇÕES EM FACE DA AGRAVADA QUE É DECADENCIAL, UMA VEZ QUE O INTUITO DA NORMA É JUSTAMENTE GARANTIR A CÉLERE DEFINIÇÃO QUANTO A DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA OU A APROVAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ASSIM, A INOVAÇÃO CONTIDA NO ARTIGO 219 E SEU PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, NÃO MODIFICA A CONTAGEM DO PRAZO PREVISTO NO § 4º DO ARTIGO 6º DA LEI 11.101/2005, **MANTENDO-SE EM DIAS CORRIDOS**. [...] PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO APENAS DETERMINAR QUE A CONTAGEM DO PRAZO PREVISTO NO § 4º DO ARTIGO 6º DA LEI 11.101/2005, DEVE OCORRER EM DIAS CORRIDOS. (*grifo nosso*, 0043744-84.2016.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. Des(a). MARÍLIA DE CASTRO NEVES VIEIRA - Julgamento: 05/04/2017 - VIGÉSIMA CÂMARA CÍVEL).

Como se vê, a questão clamava por um posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, e foi o que, ao julgar o RESp 1.699.528/MG — uma primeira tentativa séria de dirimir as

persistentes dúvidas quanto à forma de contagem dos prazos do *stay period* e da apresentação do plano de recuperação judicial.

O Superior Tribunal de Justiça, acompanhando o voto do relator, o Ministro Luis Felipe Salomão, decidiu por unanimidade em negar provimento ao recurso interposto pela empresa recuperanda, que quis reverter a decisão proferida pelo TJ-MT, que impedira a contagem em dias úteis do prazo de blindagem, como se viu. Mas como foi este voto, como entendeu a 4ª Turma do STJ?

A empresa recuperanda alegara que, na recuperação judicial, o cômputo dos prazos processuais da LRF deveria ser feito em dias úteis, na forma prescrita pelo art. 219 do NCPC. Dentre tais prazos, se incluiriam, segundo a recorrente, os 180 dias do *stay period* e os 60 dias para apresentação do plano de recuperação judicial. O Ministro Luis Felipe Salomão, no que foi seguido por seus pares da 4ª Turma, adotou a corrente doutrinária que entende serem materiais os supracitados prazos, devendo-se conta-los, portanto, em dias corridos, rechaçando-se a aplicação da nova regra do NCPC. O Ministro, porém, foi além.

Após lembrar-nos que o novo Código de Processo Civil de fato aplica-se subsidiariamente à Lei de Recuperação e Falência, o que não constituiria novidade, o Ministro Luis Salomão[113] ressalta que a sua aplicabilidade na referida lei é excepcional:

> Nesse passo, é importante enfatizar que a aplicação do CPC/2015, no âmbito do microssistema recuperacional e falimentar, deve ter cunho eminentemente excepcional, incidindo tão somente de forma subsidiária e supletiva, desde que se constate evidente compatibilidade com a natureza e o espírito do procedimento especial, dando-se sempre prevalência às regras e aos princípios específicos da LRF e com vistas a atender o desígnio ada norma-princípio disposta no art. 47.

Então, não foi só o fato de julgarem o prazo de natureza material, também houve o entendimento de não se aplicar a norma de contagem de prazos do NCPC, haja vista a especialidade da LFR.

Após essas considerações, e depois de tecer uma importante e esclarecedora suma das divergências doutrinárias em torno do imbróglio jurídico que se formou na LRF desde a entrada

---

[113] Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=81834389&tipo=91&nreg=201702274312&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20180613&formato=PDF&salvar=false>.

em vigor do novo código, o Ministro parte para a análise da forma de contagem dos prazos do microssistema recuperacional e falimentar, assim expondo a sua visão do problema:

> Assim, apesar dos substanciosos fundamentos e da doutrina de escol que defende esta primeira corrente, que, inclusive, apontei em sede doutrinária (apesar de ter destacado que se tratava de "uma primeira análise") e sem efetuar qualquer juízo de valor sobre o propósito do legislador em separar, na sistemática do CPC/2015, as duas espécies.
> de normas jurídicas (in "Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência, teoria e prática", Editora Forense, 3ª edição, página 343), penso que a corrente que afasta a incidência da contagem de prazos em dias úteis, reconhecendo o cômputo em dias corridos, ininterruptos, é a que melhor se coaduna com a especialização do procedimento disposto na Lei n. 11.101/2005, conferindo maior concretude às suas finalidades.
> De fato, primeiro porque, em melhor exame sistemático da questão, penso que é esta forma de contagem que preserva a unidade lógica da recuperação judicial: alcançar, de forma célere, econômica e efetiva, o regime de crise empresarial, seja pelo soerguimento econômico do devedor e alívio dos sacrifícios do credor, na recuperação, seja pela liquidação dos ativos e satisfação dos credores, na falência.
> Nesse passo, não se pode perder de vista que há processo de sacrifício que clama por solução rápida, de modo a interromper o estado maior de incerteza quanto à insolvência ou à recuperabilidade, diante de quadro com limitação dos poderes do devedor e com restrição aos direitos do credor, em que a busca pela eficiência dos resultados é pulsante, não se devendo alongar o procedimento para além do definido na norma, sob pena de colocar em risco a tentativa do empresário de evitar a sua falência.
> Realmente, o microssistema recuperacional e falimentar foi pensado em espectro lógico e sistemático peculiar, com previsão de uma sucessão de atos, em que a celeridade e a efetividade se impõem, com prazos próprios e específicos, que, via de regra, devem ser breves, peremptórios, inadiáveis e, por conseguinte, contínuos, sob pena de vulnerar a racionalidade e a unidade do sistema, engendrado para ser solucionado, em regra, em 180 dias depois do deferimento de seu processamento.[114]

Filiando-se, portanto, à corrente que entende que os prazos de blindagem e de apresentação do plano de recuperação judicial não podem ser contados à luz da nova regra do art. 219 do NCPC, sob pena de desmantelar-se a razoabilidade do microssistema recuperacional e falimentar como concebido originalmente com a edição da Lei nº 11.101/05, assim arremata Luis Salomão:[115]

---

[114] Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=81834389&tipo=91&nreg=201702274312&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20180613&formato=PDF&salvar=false>.
[115] Idem.

> Portanto, diante desse exame sistemático dos mecanismos engendrados pela lei de recuperação e falência, penso que, na hipótese, os prazos de 180 dias de suspensão das ações executivas em face do devedor (LRF, art. 6, § 4°) e de 60 dias para a apresentação do plano de recuperação judicial (LRF, art. 53, caput) deverão ser contados de forma contínua.

Transcrevemos, pela sua importância, a íntegra da ementa do acórdão do STJ:

> RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ADVENTO DO CPC/2015. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA. FORMA DE CONTAGEM DE PRAZOS NO MICROSSISTEMA DA LEI DE 11.101/2005. CÔMPUTO EM DIAS CORRIDOS. SISTEMÁTICA E LOGICIDADE DO REGIME ESPECIAL DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA.
> 1. O Código de Processo Civil, na qualidade de lei geral, é, ainda que de forma subsidiária, a norma a espelhar o processo e o procedimento no direito pátrio, sendo normativo suplementar aos demais institutos do ordenamento. O novel diploma, aliás, é categórico em afirmar que "permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, as quais se aplicará supletivamente este Código" (art. 1046, § 2°).
> 2. A Lei de Recuperação e Falência (Lei 11.101/2005), apesar de prever microssistema próprio, com específicos dispositivos sobre processo e procedimento, acabou explicitando, em seu art. 189, que, "no que couber", haverá incidência supletiva da lei adjetiva geral.
> 3. A aplicação do CPC/2015, no âmbito do microssistema recuperacional e falimentar, deve ter cunho eminentemente excepcional, incidindo tão somente de forma subsidiária e supletiva, desde que se constate evidente compatibilidade com a natureza e o espírito do procedimento especial, dando-se sempre prevalência às regras e aos princípios específicos da Lei de Recuperação e Falência e com vistas a atender o desígnio da norma-princípio disposta no art. 47.
> 4. A forma de contagem do prazo - de 180 dias de suspensão das ações executivas e de 60 dias para a apresentação do plano de recuperação judicial - em dias corridos é a que melhor preserva a unidade lógica da recuperação judicial: alcançar, de forma célere, econômica e efetiva, o regime de crise empresarial, seja pelo soerguimento econômico do devedor e alívio dos sacrifícios do credor, na recuperação, seja pela liquidação dos ativos e satisfação dos credores, na falência.
> 5. O microssistema recuperacional e falimentar foi pensado em espectro lógico e sistemático peculiar, com previsão de uma sucessão de atos, em que a celeridade e a efetividade se impõem, com prazos próprios e específicos, que, via de regra, devem ser breves, peremptórios, inadiáveis e, por conseguinte, contínuos, sob pena de vulnerar a racionalidade e a unidade do sistema.
> 6. A adoção da forma de contagem prevista no Novo Código de Processo Civil, em dias úteis, para o âmbito da Lei 11.101/05, com base na distinção entre prazos processuais e materiais, revelar-se-á árdua e complexa, não existindo entendimento teórico satisfatório, com critério seguro e científico para tais discriminações. Além disso, acabaria por trazer perplexidades ao regime especial, com riscos a harmonia sistêmica da LRF, notadamente quando se pensar na velocidade exigida para a prática de alguns atos e na

> morosidade de outros, inclusive colocando em xeque a isonomia dos seus participantes, haja vista a dualidade de tratamento.
> 7. Na hipótese, diante do exame sistemático dos mecanismos engendrados pela Lei de Recuperação e Falência, os prazos de 180 dias de suspensão das ações executivas em face do devedor (art. 6, § 4°) e de 60 dias para a apresentação do plano de recuperação judicial (art. 53, caput) deverão ser contados de forma contínua.
> 8. Recurso especial não provido.

Nessa primeira tentativa de lançar uma luz sobre o problema da contagem de prazos na lei que rege o sistema de insolvência nacional, apontando um rumo para os juízos Brasil afora, o Superior Tribunal de Justiça, como se percebe, foi além da divergência doutrinária exposta neste trabalho, dando o Ministro Simões Luis Felipe Salomão a entender que a sistemática da LRF não seria compatível com a regra trazida pelo art. 219 do novo CPC. Resta saber como os tribunais de segunda instância e os juízes de primeiro grau acolherão o acórdão do STJ, e como a doutrina se manifestará. Um grande passo, portanto, foi dado para a redução da turbulência ocasionada pelo novo código no sistema de insolvência, estando ainda em aberto, contudo, o futuro.

4 Conclusão

O advento do novo Código de Processo Civil, desde que entrou em vigor em 18 de março de 2016 e trouxe a nova regra de contagem de prazos expressa no seu art. 219 — uma das mudanças mais significativas introduzidas pelo código no ordenamento jurídico pátrio —, não pouca turbulência causou no sistema de contagem de prazos da Lei de Recuperação e Falência, em especial no que diz respeito aos prazos de 180 dias do *stay period* e de 60 dias para apresentação do plano de recuperação judicial.

A doutrina e a jurisprudência, desde então, têm-se digladiado entre duas correntes antagônicas: uma, considerando o entendimento de que devem eles ser contados à luz da regra do novo CPC, em nome da segurança jurídica e da eficiência da recuperação judicial; outra julga serem de natureza material tais prazos, contando-os de forma corrida rechaçando a incidência do art. 219 do novel diploma processual, entendendo que o contrário seria quebrar a expectativa dos credores, desrespeitando a filosofia original do microssistema recuperacional e falimentar tal como concebida na criação da Lei nº 11.101/05.

Tribunais de Justiça de diferentes estados puseram-se, uns e outros, em lados opostos na controvérsia, e o Superior Tribunal de Justiça, então, proferiu o seu entendimento, filiando-se à segunda corrente, decidindo pela contagem dos mencionados prazos em dias corridos, não sendo eles afetados pela lógica do art. 219 do NCPC.

Apesar de esta decisão do STJ não ser vinculante aos demais juízos — enquanto não se reunir o tema em torno de um recurso repetitivo —, podendo estes seguir adotando uma ou outra corrente doutrinária em seus julgados, o fato é que o Superior Tribunal de Justiça deu um norte na solução da controvérsia. Ao afirmar que a "adoção da forma de contagem prevista no Novo Código de Processo Civil, em dias úteis, para o âmbito da Lei 11.101/05, com base na distinção entre prazos processuais e materiais, revelar-se-á árdua e complexa"[116], resta saber se este entendimento do STJ se estenderá enfim a todos os prazos da Lei de Recuperação e Falência, afastando-se em absoluto a regra de contagem de prazo do art. 219 do novo código.

REFERÊNCIAS

A Construção Jurisprudencial da Recuperação Judicial de Empresas, **Forense**, 2ª ed., 2016, p. 128.

ANDRADE, Juliana Melazzi. O prazo em dias úteis no art. 219 do CPC/2015. **Processualistas**. Disponível em: <https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/495452096/o-prazo-em-dias-uteis-no-art-219-do-cpc-2015>. Acesso em: 15 ago. 2018.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Novo CPC tem efeito nos prazos materiais e processuais da recuperação judicial. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jun-06/direito-civil-atual-cpc-efeito-prazos-recuperacao-judicial>. Acesso em: 15 ago. 2018.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Institui a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 15 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em: 15 ago. 2018.

[116] Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=81834389&tipo=91&nreg=201702274312&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20180613&formato=PDF&salvar=false>.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil (CPC). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 15 ago. 2018.

DELGADO, Mário Luiz Delgado. Conflito entre as leis de falências e de locações: como resolver? **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-23/conflito-entre-leis-falencias-locacoes-resolver>. Acesso em: 15 ago. 2018.

FILHO, Manoel Justino Bezerra. A Recuperação Judicial e o Novo CPC. **Valor Econômico**, Rio de Janeiro, 31 maio 2016. Disponível em: <https://www.valor.com.br/legislacao/4581655/recuperacao-judicial-e-o-novo-cpc>. Acesso em: 15 ago. 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 8. ed. Salvador: **JusPodivm**, 2016. Volume único.

PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura. A advocacia pública e a prerrogativa da contagem em dobro para os prazos fixados pelo juiz. **Escola da AGU**. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/viewFile/2016/1741>. Acesso em: 15 ago. 2018.

Tratado de Direito Empresarial, Recuperação Empresarial e Falência, vol. V, **Revista dos Tribunais**, 2016, p. 100.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil**. 10. ed. São Paulo: RT, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LOBO, Arthur Mendes. **Prazos processuais devem ser contados em dias úteis com novo CPC**. 7 mar. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-07/prazos-processuais-contados-dias-uteis-cpc>. Acesso em: 15 ago. 2018.

DIP FINANCING: O FINANCIAMENTO DAS EMPRESAS NO CURSO DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL BRASILEIRO

Guilherme Caprara[117]

Gabriela Chang de Assis[118]

Resumo: O presente trabalho objetiva a discorrer sobre os meios pelos quais as empresas que distribuem pedido de recuperação judicial perante o Poder Judiciário, embasadas na Lei nº 11.101/05, estão aptas a conseguir novos financiamentos para a atividade empresarial desenvolvida, de modo a alavancar o seu soerguimento e superar a crise instalada. Para tanto, aborda-se, principalmente, a matéria concernente ao *DIP Financing*, relacionando as disposições existentes na atual legislação às características observadas no mercado e, também, às propostas de modificação tratadas no Projeto de Lei nº 10.220/2018 acerca do tema. Desse modo, procedendo à análise das disposições contidas no *Bankruptcy Code*, regramento norte americano onde a lei brasileira de recuperação de empresas e falências encontra seus fundamentos, objetiva-se esclarecer alguns pontos sobre a questão abordada, com o intuito de que a aplicação do instituto se torne cada vez mais coerente e coesa à finalidade para a qual aquele foi criado.

Palavras-chave: Recuperação Judicial. Crise. Concessão de crédito. *Bankruptcy Code. DIP Financing*. Soerguimento. Empresa.

Sumário: 1 Introdução. 2 A disciplina do *bankruptcy code* sobre o *dip financing* 3 O financiamento das empresas em crise no âmbito da Lei nº 11.101/05 e seus obstáculos. 4 As alterações buscadas pelo projeto de lei nº 10.220/2018 no que concerne ao financiamento à empresa. 5 Cconclusão. 6 Referencial Bibliográfico

1. INTRODUÇÃO

É consenso que as crises empresariais possuem diversos sintomas comuns, sendo o mais relevante a crise de liquidez imediata, refletida pela insuficiente geração de fluxo de caixa. Para transpor essa dificuldade, buscam-se formas alternativas de se capitalizar a atividade, sendo a obtenção de crédito novo, por óbvio, a mais usual.

---

[117] Advogado, inscrito na OAB/RS sob o nº 60.105. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS. Pós-Graduado em Direito Tributário, Financeiro e Econômico pela UNISINOS. Membro da Comissão permanente de Recuperação de Empresas da FEDERASUL. Membro da Comissão Especial de Falências e Recuperações Judiciais da OAB/RS. Associado ao Turnaround Management Association (TMA) e do International Association of Restructuring, Insolvency & Bankruptcy Professionals (INSOL).

[118] Advogada, inscrita na OAB/RS sob o nº 108.232. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS. Pós-Graduanda em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV).

Ao passo que se mostra como essencial ao êxito de procedimentos de reestruturação, o acesso ao dinheiro novo e a proteção ao financiador são, também, as grandes problemáticas observadas quanto à matéria. Em outras palavras, quando o assunto é o financiamento da empresa em Recuperação Judicial, o caminho a ser trilhado não é, hoje, dos mais favoráveis.

Por ser de relevante necessidade, o presente trabalho propõe-se a analisar as formas de financiamentos dispensadas, à luz do Direito Brasileiro, às empresas que buscam o seu soerguimento por meio do processo de recuperação judicial, mais especificamente no que se relaciona à modalidade de *DIP Financing*.

Nesse passo, sendo o tema abordado de extrema importância ao êxito do processo recuperacional, e atentando-se para o Projeto de Lei nº 10.220/2018 estruturado com fins a implementar alterações aos dispositivos da Lei nº 11.101/05, discorrer-se-á, primeiramente, sobre a origem do *DIP Financing,* respeitando o fato de que o instituto possui suas raízes no direito norte americano; após, verificar-se-á como é hoje tratado pelo ordenamento jurídico brasileiro, destacando-se sua baixa aplicabilidade e os entraves que obstam o seu fomento; ao final, comentar-se-á sobre as mudanças apontadas acerca da matéria no Projeto em trâmite, atualmente, junto ao Congresso Nacional.

2. A DISCIPLINA DO *BANKRUPTCY CODE* SOBRE O *DIP FINANCING*

As bases do instituto do *DIP Financing* encontram-se sedimentadas no âmbito do direito norte-americano, referindo-se o acrônimo "DIP" à expressão *debtor-in-possession.* A expressão faz-se importante, eis que, à luz daquele ordenamento jurídico, o devedor, ao distribuir pedido embasado no *Chapter 11*[119], passa a ser considerado tão somente possuidor dos seus bens, uma vez que, do pedido, exsurge a figura do que lá se denomina de *estate*[120]*,* assim compreendido como sendo uma massa composta pelos bens da empresa devedora.

Sobre a matéria, leciona Leonardo Adriano Ribeiro Dias[121]:

---

[119] Capítulo do *Bankruptcy Code* que dispõe sobre a recuperação da empresa em crise.
[120] Bankruptcy Code. Chapter 11. §1115 (b) Except as provided in section 1104 or a confirmed plan or order confirming a plan, the debtor shall remain in possession of all property of the estate.
[121] DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. Financiamento na Recuperação Judicial e na Falência. São Paulo: Quartier Latin, 2014. P. 140.

> O pedido feito de acordo com as normas do *Chapter 11* cria uma massa composta por todos os bens do devedor, que somente retornam ao seu patrimônio quando o plano for aprovado. As dívidas incorridas pelo *estate* geralmente possuem prioridade em relação aos débitos quirografários anteriores ao pedido e, diferentemente dos débitos preexistentes, devem ser pagos integralmente como condição da aprovação do plano.[122]

Ainda, naquele ordenamento jurídico, o processo de recuperação é encerrado no momento em que, após aprovado pelos credores, o plano é homologado pelo juízo. Nesse ponto, o autor Blair Barton, em artigo escrito para o *Fordham Journal of Corporate Law*, explica que a confirmação do plano pela Corte equipara-se à decisão final sobre o mérito em processos cíveis ordinários[123], motivo por que a demanda judicial embasada no *Chapter 11* encontra o seu fim quando confirmado o plano pelo Poder Judiciário[124].

Atentando-se para a forma com que disciplinada a matéria no *Bankruptcy Code*, o termo *debtor-in-possession* faz menção ao período compreendido entre a distribuição do pedido de recuperação e a aprovação do plano de pagamentos. Desse modo, explica-se o conceito do *DIP Financing* como a obtenção de recursos pela empresa naquele interregno, uma vez que a existência do *estate* verifica-se apenas até a aprovação do plano, ficando o devedor, enquanto existente aquele, unicamente na posse dos seus bens (motivo pelo qual existe a expressão *debtor-in-possession* resumida pelo acrônimo *DIP*).

Assim, é através dessa modalidade de financiamento que a empresa em crise permanece na posse dos seus bens, ainda que a propriedade efetiva desses não esteja, no momento, consolidada em seu favor (ao contrário, como dito, passa a ser "*property of the estate*"). Também, em razão de que as dívidas incorridas após o pedido de recuperação judicial tornam-se responsabilidade da massa de bens, precisando ser adimplidas como condição da aprovação

---

[122] Também nesse sentido é a doutrina de Lynn M. LoPucki e George G. Triantis: "In the United States, the priority of post-petition creditors is explained doctrinally through the concept of the estate. The filing of a Chapter 11 case creates an estate consisting of all of the debtor's property. The property revests in the debtor corporation only upon confirmation of the plan. Debts incurred by the estate during the Chapter 11 case generally have priority over pre-filling unsecured claims and, unlike the pre-filling claims, must be paid in full as a condition of confirmation of the plan." LOPUCKI, Lynn M.; TRIANTIS, George G. A Systems Approach to Comparing U.S. and Canadian Reorganization of Financially Distressed Companies. P. 300.

[123] BARTON, Blair. **Broadening the Estate by Avoiding Specificity of Retained Claims**. In Fordham Journal of Corporate Law. 2013 (For the purposes of res judicata, the confirmation of a plan of reorganization is analogous to a final decision on the merits".

[124] Nesse sentido, o precedente jurisprudencial Eubanks v. F.D.I.C. (5th Cir. 1992): "It has long been recognized that a bankruptcy court's order confirming a plan of reorganization is given the same effect as a district court's judgment on the merits for claim preclusion purposes".

do plano, pode a devedora outorgar em garantia bens que pertençam ao *estate*, objetivando a obtenção de financiamento ao seu processo de recuperação.

Nesse sentido, a matéria quanto às formas de obtenção de crédito pelo devedor é tratada na legislação recuperacional norte-americana no *Chapter 3*, *Section* 364, denominada *Obtaining Credit*. Da leitura do regramento, depreende-se que existem quatro maneiras de financiamento do devedor na modalidade *DIP (*ou seja, no curso do processo de recuperação judicial, entendido esse até a data de aprovação do plano).

As duas primeiras tratam dos empréstimos realizados sem garantia, os quais, nos termos da §364 (a)[125], prescindem de autorização judicial quando realizados no curso regular dos negócios; e necessitam daquela quando contratados em descompasso com o curso normal da atividade desenvolvida, conforme §364 (b)[126]. Em ambos os casos, por equiparação, o crédito é classificado como *administrative expenses*, devendo ser quitado quando da aprovação do plano nos termos da §1129(a)(9)(A)[127].

Nada obstante, na prática, as formas que possuem mais aplicabilidade no escopo do financiamento às empresas em crise são as disciplinadas na §364 (c)[128] e na §364 (d)[129], em razão da possibilidade de classificação mais vantajosa ao crédito do financiador.

---

[125] *Bankruptcy Code. Chapter 3*. §364(a) If the trustee is authorized to operate the business of the debtor under section 721, 1108, 1203, 1204, or 1304 of this title, unless the court orders otherwise, the trustee may obtain unsecured credit and incur unsecured debt in the ordinary course of business allowable under section 503(b)(1) of this title as an administrative expense.

[126] *Bankruptcy Code. Chapter 3*. §364 (b) The court, after notice and a hearing, may authorize the trustee to obtain unsecured credit or to incur unsecured debt other than under subsection (a) of this section, allowable under section 503(b)(1) of this title as an administrative expense.

[127] Bankruptcy Code. Chapter 11. §1129 Confirmation of plan. (a) The court shall confirm a plan only if all of the following requirements are met: (…) (9) Except to the extent that the holder of a particular claim has agreed to a different treatment of such claim, the plan provides that: (A) with respect to a claim of a kind specified in section 507 (a)(2) or 507 (a)(3) of this title, on the effective date of the plan, the holder of such claim will receive on account of such claim cash equal to the allowed amount of such claim.

[128] *Bankruptcy Code. Chapter 3*. §364(c) If the trustee is unable to obtain unsecured credit allowable under section 503(b)(1) of this title as an administrative expense, the court, after notice and a hearing, may authorize the obtaining of credit or the incurring of debt—

(1) with priority over any or all administrative expenses of the kind specified in section 503(b) or 507(b) of this title;

(2) secured by a lien on property of the estate that is not otherwise subject to a lien; or

(3) secured by a junior lien on property of the estate that is subject to a lien.

[129] *Bankruptcy Code. Chapter 3.* §364(d)(1)The court, after notice and a hearing, may authorize the obtaining of credit or the incurring of debt secured by a senior or equal lien on property of the estate that is subject to a lien only if -

(A) the trustee is unable to obtain such credit otherwise; and

(B) there is adequate protection of the interest of the holder of the lien on the property of the estate on which such senior or equal lien is proposed to be granted.

Nesse seguimento, ao crédito novo concedido à empresa é atribuída prioridade sobre as despesas administrativas (*administrative expenses*), assim como pode o juiz autorizar seja o empréstimo garantido por bens desonerados ou, até mesmo, onerados, de acordo com a §364 (c). De outra banda, a disposição exposta na §364 (d), além de autorizar seja a garantia constituída por bem já onerado, o magistrado pode, também, determinar que sua posição hierárquica de pagamento seja igual ou, inclusive, superior ao crédito garantido já existente – denominada, por essa razão, doutrinariamente, de *priming lien*.

Nessa acepção, Leonardo Adriano Ribeiro Dias explica que, em sendo o plano de recuperação aprovado, "as *administrative expenses* e os credores com prioridade devem ser pagos integralmente", sendo, por essa razão, os *DIP Loans* "pagos assim que o plano é confirmado, estejam garantidos ou não"[130].

Aqui, cabe fazer referência ao grande estímulo conferido pela legislação norte americana ao financiamento das empresas que estão em processo de reestruturação, tendo em vista que o pagamento do crédito concedido deve ser efetuado quando da aprovação do plano de pagamentos, sendo, inclusive, condição para que essa possa se dar.

Atento à efetividade e aos benefícios advindos do instituto americano, o nosso legislador buscou incorporar ao direito brasileiro a consagrada modalidade de *DIP Financing*. Todavia, conforme se demonstrará, não se amparando sobre a mesma base em que criado, o financiamento das empresas brasileiras que protocolam pedido de recuperação judicial acabou não recebendo a mesma popularidade que observada no mercado estadunidense, ainda encontrando barreiras ao seu crescimento.

3. O FINANCIAMENTO DAS EMPRESAS EM CRISE NO ÂMBITO DA LEI Nº 11.101/05 E SEUS OBSTÁCULOS

Por meio dos artigos 66 e 67 da Lei nº 11.101/05[131], o instituto do *DIP Financing,* disciplinado, basicamente, na §364 do *Chapter 3* do *Bankruptcy Code (Obtaining Credit),* foi

---

[130] DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. Financiamento na Recuperação Judicial e na Falência. São Paulo: Quartier Latin, 2014. P. 141.

[131] Art. 66. Após a distribuição do pedido de recuperação judicial, o devedor não poderá alienar ou onerar bens ou direitos de seu ativo permanente, salvo evidente utilidade reconhecida pelo juiz, depois de ouvido o Comitê, com exceção daqueles previamente relacionados no plano de recuperação judicial.

implementado na legislação recuperacional brasileira. Ocorre que, diferente do regramento norte-americano, além de não ser criada qualquer "massa composta pelos bens" da recuperanda quando da distribuição do pedido, a ação de recuperação não se encerra após a aprovação do plano, permanecendo sob a fiscalização judicial até dois anos contados da homologação daquele, consoante *caput* do art. 61 da LRF[132].

Nesse passo, os momentos que explicam o período evidenciado pelo *debtor-in-possession* (criação do *estate* e aprovação do plano), apontando o interregno em que pode o *DIP Financing* ser concedido, não se aplicam ao direito brasileiro, dificultando, portanto, a leitura desse instituto quando da análise dos processos recuperacionais distribuídos com amparo na Lei nº 11.101/05.

Em verdade, inclusive o motivo pelo qual é utilizada pela doutrina brasileira a expressão *debtor-in-possession* mostra-se obscuro, vez que, procedendo à análise do regramento contido na LRF, inexiste qualquer disposição indicando que o devedor permanece tão somente na posse dos seus bens, sem a efetiva propriedade desses, quando proposta a ação de recuperação judicial – conforme é identificado no ordenamento norte-americano.

Não se desconhece que, durante o processo de recuperação judicial, o devedor permanece na administração dos seus bens. Contudo, o ponto que se está querendo suscitar não é esse, mas sim o espaço de tempo em que se pode, efetivamente, empregar o *DIP Financing,* vez que, após a aprovação do plano de pagamentos, muito embora continue a recuperanda a administrar os seus bens, como quando do protocolo do pedido de RJ, não há mais que se falar, tecnicamente, nessa modalidade de financiamento.

Objetivando explicar o tema, Eduardo Secchi Munhoz[133] assim discorre:

> Há duas formas principais de financiamento, classificadas segundo o momento em que é concedido. Aquele que é concedido entre o ingresso do pedido de recuperação judicial e a aprovação do plano de recuperação (financiamento DIP) e aquele previsto no plano de recuperação (*exit finance* – financiamento saída).

Art. 67. Os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcursais, em caso de decretação de falência, respeitada, no que couber, a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.

[132] Art. 61. Proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial.

[133] MUNHOZ, Eduardo Secchi. Financiamento e Investimento na Recuperação Judicial, In: Dez anos da Lei nº 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência. Coordenadores: Sheila C. Neder Cerezetti, Emanuelle Urbano Maffioletti. São Paulo: Almedina, 2015. P. 280.

Desse modo, em que pese, na prática, seja o financiamento das empresas em crise designado em todo e qualquer fase do processo de recuperação judicial como sendo *DIP Financing*, quer-se evidenciar aqui a inconsistência dessa utilização genérica. Segundo demonstrado alhures, mesmo no que toca ao financiamento concedido no processo recuperacional brasileiro entre o pedido de recuperação e a homologação do plano, a nomenclatura utilizada não é a mais indicada, tendo em vista que, em não possuindo as mesmas bases da sua origem, acaba deixando muitas lacunas quando da compreensão do tema.

Além disso, de maneira oposta ao que se observa na disciplina do *Bankruptcy Code*, os créditos formados posteriormente ao pedido de recuperação somente são privilegiados quando da decretação da quebra da empresa, não havendo qualquer benefício no curso do processo recuperacional ao financiador – o que dificulta, e muito, a obtenção de crédito novo pelas empresas que buscam o seu soerguimento por meio da recuperação judicial.

Nos termos do art. 67 da LRF, os créditos decorrentes de obrigações contraídas pela empresa no curso da recuperação judicial serão, quando da eventual decretação de falência, classificados como extraconcursais. Todavia, referido benefício na prática não se mostra eficiente, na medida em que existentes créditos preferenciais na ordem de pagamentos ao crédito do financiador.

Consoante se percebe da redação do art. 84 da LRF[134], as remunerações do administrador judicial, os créditos oriundos da legislação trabalhista por serviços prestados após a decretação da quebra, as quantias fornecidas à massa falida pelos credores, as despesas do processo de falência e as custas judiciais concernentes às ações em que a massa falida tenha sido vencida, exemplificativamente, têm preferência de recebimento sobre os negócios realizados durante a recuperação judicial - englobando, nesse ponto, os financiadores da atividade.

---

[134] Art. 84. Serão considerados créditos extraconcursais e serão pagos com precedência sobre os mencionados no art. 83 desta Lei, na ordem a seguir, os relativos a:
I – remunerações devidas ao administrador judicial e seus auxiliares, e créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho relativos a serviços prestados após a decretação da falência;
II – quantias fornecidas à massa pelos credores;
III – despesas com arrecadação, administração, realização do ativo e distribuição do seu produto, bem como custas do processo de falência;
IV – custas judiciais relativas às ações e execuções em que a massa falida tenha sido vencida;
V – obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial, nos termos do art. 67 desta Lei, ou após a decretação da falência, e tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência, respeitada a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.

Nesse mesmo passo, encontram-se as deposições ínsitas nos artigos 150 e 151 da LRF[135], os quais determinam que as despesas indispensáveis à administração da falência e os créditos trabalhistas de natureza salarial vencidos nos 03 (três) meses anteriores à decretação da quebra, limitando-se ao valor máximo de 05 (cinco) salários mínimos, serão pagos tão logo haja disponibilidade em caixa. Ou seja, mais uma vez, a preferência assegurada ao financiador pelo art. 67 da LRF acaba por se esvaziar, pois referidos créditos serão, também, prioritariamente satisfeitos.

Procedendo à análise crítica do posicionamento da jurisprudência quanto à regra contida no art. 67, Luiz Roberto Ayoub e Cássio Cavalli[136], sob outra ótica, mas não menos relevante, assim discorrem:

> Consolidou-se na jurisprudência o entendimento de que são extraconcursais os créditos que passaram a existir após o deferimento do processamento da recuperação judicial.
>
> (...)
>
> Esse entendimento baseia-se na interpretação do art. 67 da LRF, que se refere a "créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial". O entendimento dominante é o de que a recuperação judicial se inicia apenas com o deferimento do processamento, e não com o ajuizamento. Esse entendimento, no entanto, deixa de fora da classe de credores extraconcursais todos os créditos relativos a fornecimento entre o ajuizamento da recuperação e o deferimento do processamento. Noutras palavras, com o entendimento consolidado, financiadores da empresa em crise terão menores incentivos para continuar a financiá-la no interregno compreendido entre o ajuizamento e o deferimento do processamento. Como o objetivo do art. 67 da LRF consiste em fomentar o financiamento da empresa em recuperação judicial, cremos que é possível que a jurisprudência venha a ampliar sua compreensão acerca dos créditos extraconcursais, a incluir todos os créditos posteriores à data do ajuizamento da recuperação judicial, de modo a incentivar a empresa em crise.

---

[135] Art. 150. As despesas cujo pagamento antecipado seja indispensável à administração da falência, inclusive na hipótese de continuação provisória das atividades previstas no inciso XI do **caput** do art. 99 desta Lei, serão pagas pelo administrador judicial com os recursos disponíveis em caixa.
Art. 151. Os créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores à decretação da falência, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, serão pagos tão logo haja disponibilidade em caixa.

[136] AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas. 3 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. PP. 81-82.

Aqui, muito embora a discussão suscitada pelos autores seja de elevada pertinência, entende-se que o principal obstáculo ao fomento da empresa em crise não se coaduna à impossibilidade de classificar como extraconcursal o crédito decorrente de financiamento concedido entre o pedido de recuperação judicial e a decisão de deferimento dessa, mas sim a ausência de efetivo benefício dispensado pela lei aos financiadores.

Conforme já argumentado, aos créditos derivados de concessão de empréstimo no curso do processo recuperacional somente é empregada prioridade quando da decretação da quebra da empresa, inexistindo qualquer disposição que assegure ao credor o recebimento da importância em período anterior àquele.

Feitas essas considerações, para fins de análise da obtenção de recursos pelas empresas em recuperação judicial, deve ser também verificado o art. 66 da Lei nº 11.101/05. Referido regramento disciplina que, após distribuído o pedido de recuperação judicial pelo devedor, esse somente poderá alienar ou onerar bens do seu ativo permanente depois de concedida autorização pelo juiz da causa[137], ouvido, caso existente, o Comitê de Credores. Assim, considerando que nova linha de crédito raramente será concedida sem outorga de garantia real, e somado ao fato de que os membros do comitê de credores possuem interesse na manutenção e preservação de ativos do devedor, a disposição, na prática, mostra-se um elemento adicional a dificultar o acesso ao financiamento.

Ainda no que concerne aos obstáculos identificados na busca de financiamento, está a Resolução nº 2.682/1999 do BACEN, a qual determina que as instituições financeiras, quando da concessão de crédito, devem pautar-se pelo risco do inadimplemento do crédito, sendo classificadas as operações em níveis crescentes desse. Desta feita, o art. 1º[138] da Resolução mencionada classifica as operações de crédito em estágios que vão do nível AA ao H, onde o primeiro caracteriza aquela como sendo de baixo risco e o último aponta ser alta a possibilidade de não pagamento.

A classificação referida é realizada considerando-se o grau de endividamento do requerente do crédito, a capacidade de geração de resultados, a natureza e finalidade da

---

[137] Art. 66. Após a distribuição do pedido de recuperação judicial, o devedor não poderá alienar ou onerar bens ou direitos de seu ativo permanente, salvo evidente utilidade reconhecida pelo juiz, depois de ouvido o Comitê, com exceção daqueles previamente relacionados no plano de recuperação judicial.

[138] Art. 1º Determinar que as instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil devem classificar as operações de crédito, em ordem crescente de risco, nos seguintes níveis:
I - nível AA; II - nível A; III - nível B; IV - nível C; V - nível D; VI - nível E; VII - nível F; VIII - nível G; IX - nível H.

transação, as garantias empregadas, o valor solicitado, dentre outros fatores expostos no art. 2º da Resolução nº 2.682/1999. Ainda, consoante art. 3º[139] do mesmo diploma, "a classificação das operações de crédito de um mesmo cliente ou grupo econômico deve ser definida considerando aquela que apresentar maior risco" ao banco, devendo ser revista, ao menos, uma vez por mês.

Nesse cenário, no caso das empresas em recuperação judicial - que ficarão, ao menos, 06 (seis) meses sem adimplir seus débitos (*stay period)* -, os novos empréstimos, que não raras as vezes são oferecidos pelos credores das devedoras, acabam por ser classificados no último - e mais elevado - nível de risco junto ao BACEN, o *rating* H.

A dificuldade identificada no ponto relaciona-se ao percentual do crédito concedido que deverá ser provisionado pela instituição financeira concedente. Em verdade, a necessidade de provisionamento de valores existe em, praticamente, todos os níveis discriminados, contudo, somente no último faz-se necessária em percentual máximo, abarcando a totalidade do crédito, nos termos do art. 6º, VIII[140], da determinação do Banco Central.

Desse modo, ponderando-se que as novas linhas de créditos normalmente são oferecidas por instituições financeiras, e que essas detenham crédito sujeito à recuperação judicial, a probabilidade que seja contratado a concessão de novo empréstimo em favor da devedora, praticamente, inexiste, uma vez que, de início, a operação já é classificada como pertencente ao nível H, consoante art. 4º, I, alínea g[141], da Resolução nº 2.682/1999, impondo-se o provisionamento de 100% (cem por cento) do valor do crédito solicitado.

Assim, da maneira com que, atualmente, disciplinada na Lei nº 11.101/05 - e considerando as disposições emitidas pelo BACEN - a questão atinente à obtenção de financiamento pelas empresas em recuperação judicial resta dificultada, impossibilitando o

---

[139] Art. 3º A classificação das operações de crédito de um mesmo cliente ou grupo econômico deve ser definida considerando aquela que apresentar maior risco, admitindo-se excepcionalmente classificação diversa para determinada operação, observado o disposto no art. 2º, inciso II.

[140] Art. 6º A provisão para fazer face aos créditos de liquidação duvidosa deve ser constituída mensalmente, não podendo ser inferior ao somatório decorrente da aplicação dos percentuais a seguir mencionados, sem prejuízo da responsabilidade dos administradores das instituições pela constituição de provisão em montantes suficientes para fazer face a perdas prováveis na realização dos créditos:
(...)
VIII - 100% (cem por cento) sobre o valor das operações classificadas como de risco nível H.

[141] Art. 4º A classificação da operação nos níveis de risco de que trata o art. 1º deve ser revista, no mínimo:
I - mensalmente, por ocasião dos balancetes e balanços, em função de atraso verificado no pagamento de parcela de principal ou de encargos, devendo ser observado o que segue:
(...)
g) atraso superior a 180 dias: risco nível H;

fomento do mercado de concessão de empréstimos àquelas e, por consequência, diminuindo, e muito, as chances do soerguimento almejado.

4. AS ALTERAÇÕES BUSCADAS PELO PROJETO DE LEI Nº 10.220/2018 NO QUE CONCERNE AO FINANCIAMENTO À EMPRESA

Atentando-se para a importância do tema, o Projeto de alteração da Lei nº 11.101/05, registrado sob o nº 10.220/2018 perante à Câmara dos Deputados, destinou a Seção IV-A para regular a matéria sobre o financiamento das empresas em recuperação judicial, mais especificamente o financiamento havido entre a distribuição do pedido e a aprovação do plano. Desse modo, as disposições atinentes ao tema encontram-se expostas entre os artigos 69-A e 69-I, propiciando que o devedor possa obter recursos para subsidiar as suas atividades, despesas de reestruturação e preservação do valor de seus ativos.

Sobre as mudanças, de início, cabe apontar a especificação quanto ao momento em que o *DIP Financing* é operado e pode ser requerido - ponto este obscuro na legislação em vigor. Consoante se percebe da redação do art. 69-E do Projeto[142], o financiamento de que trata a Seção apenas pode ser requerido pelo devedor até a oportunidade em que o Plano de recuperação judicial é posto em votação. No mesmo sentido, de maneira a complementar o regramento, a disposição contida no art. 69-I[143] esclarece que, mesmo sendo a empresa financiada no período mencionado, nada obsta a que o plano de recuperação preveja outras formas de obtenção de crédito pela recuperanda.

Assim, inserindo referidos dispositivos à legislação, o PL nº 10.220/2018 distingue o financiamento *DIP* do financiamento *Exit*, onde o primeiro é entendido como sendo a ponte entre o pedido de recuperação judicial e o momento em que a devedora conseguirá estar apta a negociar o plano de pagamentos com os seus credores; e o segundo objetiva a implementação daquele, buscando sua viabilização, a fim de que a empresa tenha condições de cumprir todas as cláusulas pactuadas com os credores.

---

[142] Art. 69-E. É vedado ao devedor apresentar a proposta a que se refere o art. 69-D após a votação do plano de recuperação judicial.

[143] Art. 69-I. O financiamento concedido com base no disposto nesta Seção não impede que o plano de recuperação judicial discipline outras formas de financiamento.

Nesse sentido, analisando as disposições dos arts. 69-E e 69-I, percebe-se a veemente intenção de que o *DIP Financing* seja implementado no regramento brasileiro nos termos em que disciplinado no direito norte-americano. Todavia, diferentemente dessa legislação, não existe motivo razoável, no escopo do processo recuperacional pátrio, para que a modalidade de financiamento tratada possa ser requerida tão somente até a data em que aprovado o plano, assim como há nos Estados Unidos.

Conforme já explicado, na legislação estrangeira, sendo a condição de *debtor-in-possession* extinta em razão da dissolução do *estate* quando da homologação do plano reorganizacional – retornando os bens ao patrimônio do devedor –, o processo de recuperação judicial é finalizado, motivo pelo qual não há que se falar mais em *DIP Financing*. De outra banda, situação diversa identifica-se na disciplina da lei brasileira, vez que, além de inexistir previsão para criação de uma "massa de bens" similar ao *estate* americano – instituto que explica a denominação da devedora pela expressão *debtor-in-possession* –, a empresa permanece em recuperação judicial por mais dois anos após homologado o plano de pagamentos pelo juízo competente – o que possibilitaria o *DIP Financing* também nesse período.

Nesse passo, reputando-se que o devedor conserva tanto a posse como a propriedade dos seus bens em todas as etapas do processo recuperacional (a saber: distribuição do pedido, negociação com os credores, homologação do plano e prazo de dois anos contados a partir dessa decisão), inconsistente a utilização da nomenclatura *debtor-in-possession* (*DIP) financing,* ainda que entre em vigor a proposta de alteração de Lei.

Aqui, importante se faz esclarecer que a crítica exposta não condiz com a possibilidade de concessão de financiamento à empresa que distribui pedido de recuperação judicial no âmbito brasileiro, mas sim com a utilização da expressão estrangeira para denominar, e tentar explicar, referido financiamento, bem como o período compreendido por aquele. Ou seja, conforme evidenciado, a utilização da expressão, no âmbito dos estudos da Lei 11.101/05 – e, agora, do PL 10.220/2018 – para fazer menção ao financiamento dispensado à empresa que se encontra em processo recuperacional, confunde e deixa margem para os mais diversos questionamentos, não atingindo a finalidade a que se destina.

Ainda, nos termos do PL 10.220/2018, ressalta-se que o financiamento da empresa na modalidade *DIP* dar-se-ia tão somente entre o pedido recuperacional e a votação do plano, exatamente como disposto no *Bankruptcy Code*. Mas, por qual razão? O que faz com que, no

Brasil, o *DIP Financing* não seja mais aplicável após a votação do Plano se, diversamente do que observado na legislação estrangeira, a empresa permanece em recuperação judicial e a expressão *DIP Financing* identifica justamente o financiamento da empresa que está em processo recuperatório?

Ponto no qual é identificado problema quanto a essa disposição condiz com o financiamento que poderia ser obtido pela empresa após a aprovação do Plano. Da leitura do art. 69-D, a fim de que o devedor possa ter concedido em seu benefício o financiamento de que trata a Seção IV-A do Projeto, deve ele apresentar a proposta nos autos da recuperação judicial, identificando todas as questões pertinentes ao negócio a ser firmado, como por exemplo a indicação dos financiadores, das garantias empregadas e dos benefícios que sobrevirão para os credores sujeitos ao concurso[144]. Caso inexistam objeções que representem mais de 5% (cinco por cento) da totalidade dos créditos sujeitos à recuperação, a proposta é considerada aprovada, podendo, desse modo, a empresa valer-se do financiamento requerido.

No entanto, conforme explicado, referido pedido somente pode ser realizado até a votação do Plano, ficando, nos termos do art. 69-I do PL 10.220/2018, ao encargo das disposições elencadas neste a possibilidade de obtenção de novo financiamento pela recuperanda. Assim sendo, percebe-se que, após a aprovação do Plano, se a empresa encontrar financiador para o seu negócio e inexistir previsão naquele nesse sentido, teoricamente, o financiamento seria obstado, ainda que a devedora ainda estivesse em processo recuperatório, a teor do *caput* do art. 61 da atual LRF - que não foi objeto de modificação.

Aspecto positivo, por outro lado, é encontrado no § 2º, do art. 69-C[145], o qual facilita a obtenção de crédito pela devedora, na medida que permite a oneração de bem, mesmo que esse

---

[144] Art. 69-D. Para obter o financiamento de que trata esta Seção, o devedor apresentará, nos autos da recuperação judicial, proposta que conterá:
I - descrição detalhada dos termos da proposta de financiamento;
II - indicação dos financiadores que apresentaram proposta de financiamento;
III - indicação do devedor destinatário do financiamento;
IV - descrição das garantias com indicação de bens e direitos a serem onerados ou alienados fiduciariamente;
V - indicação do processo competitivo a ser adotado no caso de eventual proposta concorrente de financiador interessado;
VI - descrição dos benefícios do financiamento para a coletividade de credores;
VII - minuta de edital com a indicação de data, hora e local de realização de assembleia geral de credores para deliberar sobre a proposta de financiamento a ocorrer no prazo máximo de quarenta e cinco dias da data da apresentação da proposta; e
VIII - análise da viabilidade da qual conste a engenharia financeira do financiamento, o nível máximo de alavancagem permitido e os elementos para proteção dos credores não sujeitos à recuperação judicial.

[145] Art. 69-C. Qualquer pessoa ou entidade pode garantir o financiamento de que trata esta Seção mediante a oneração ou a alienação fiduciária de bens e direitos, inclusive o próprio devedor e os demais integrantes do seu grupo que estejam ou não em recuperação judicial.

seja objeto garantidor de contrato firmado precedentemente. Dessa forma, possibilita que um único bem possa assegurar duas operações distintas, afastando-se a hipótese, muito verificada, atualmente, na prática, de excesso de garantia.

Contudo, para que a empresa possa valer-se dessa disposição, oferecendo em garantia ao financiamento bens já onerados, duas premissas precisam ser observadas. A primeira condiz com a segurança do credor preexistente, devendo a sua garantia ter prioridade sobre aquela constituída quando da assinatura do contrato posterior; e a segunda determina que o valor do bem objeto das garantias deve ser superior à importância assegurada nas operações, de modo que a sobreposição não ultrapasse o valor total do bem. Desse modo, sendo o valor do bem suficiente a amparar tanto o recebimento do crédito havido pelo credor preexistente, quanto aquele detido pelo financiador, pode ser dado como garantia ao último, mesmo que já esteja constituído como segurança de operação anterior.

Referida alteração encontra-se em consonância com a Recomendação nº 66 do *Legislative Guide on Insolvency Law* da *UNCITRAL*[146], que aponta ser realizável a oneração de bem já onerado em favor de credor diverso. Nesse aspecto, o Projeto que busca implementar alterações na Lei nº 11.101/05, anui com as orientações da *United Nations Comission on Internaticional Trade Law*, inserindo o Brasil, ainda mais, no cenário internacional na matéria atinente ao direito comercial internacional.

No mesmo sentido das recomendações indicadas pela Comissão, a proposta de modificação sustentada pelo Projeto, em seu art. 69-H, aborda a manutenção das garantias constituídas em benefício do financiador, até o limite efetivamente do *quantum* entregue no curso do processo de recuperação, na hipótese de decretação da falência da empresa[147].

Apesar disso, ponto que deveria ter sido objeto de proposta de modificação condiz com as atratividades empregadas ao financiamento, de modo a fomentar o mercado de concessão de

---

(...)
§2º Bens já onerados poderão ser novamente onerados em garantia, contanto que sejam respeitadas
a) a prioridade a garantia que lhe é antecedente; e
b) a condição de que a sobreposição das garantias relativas a um mesmo bem seja menor do que o valor do bem.

[146] Recommendation n. 66. The law should specify that a security interest over the assets of the estate to secure post-commencement finance does not have priority ahead of any existing security interest over the same assets unless the insolvency representative obtains the agreement of the existing secured creditor(s) or follows the procedure in recommendation 67.

[147] Recomendação similar encontramos no *Legislative Guide on Insolvency Law*, onde a recomendação aposta pela *UNCITRAL* baseia-se na perpetuação das garantias e preferências acordadas no curso do processo de recuperação também no âmbito falimentar, assegurando assim a posição do credor que amparou a empresa de modo a tentar alcançar o soerguimento da atividade.

crédito às empresas em crise. Seguindo o entendimento já albergado na legislação vigente sobre recuperação judicial, as disposições empregadas no Projeto de alteração da LRF, consoante art. 69-F[148], apontam que, em caso de decretação da falência, o crédito do financiador será classificado como extraconcursal e adimplido observando-se a preferência esculpida no art. 84 da Lei nº 11.101/05[149].

Dessa forma, apesar do PL 10.220/2018 propor posição mais favorável de recebimento do crédito concedido pelo financiador, o fato é que o benefício continua sendo identificado apenas quando da decretação da quebra da empresa e não no curso do processo de recuperação judicial, não possuindo o credor financiador qualquer certeza sobre quando irá efetivamente receber o valor investido – o que parece acabar diminuindo o interesse da concessão de crédito novo por possíveis financiadores do negócio.

5. CONCLUSÃO

Como se procurou discorrer nesse artigo, a atual Lei de Falências e Recuperação de Empresas possui mecanismos que, na ideia inicial do legislador, inspirados na legislação americana, incentivariam a obtenção de crédito novo pelas empresas que lançam mão do instituto de recuperação judicial.

---

[148] Art. 69-F. Na hipótese de falência, o valor do financiamento efetivamente entregue ao devedor, atualizado até a data da decretação, será considerado crédito extraconcursal e conferirá ao financiador preferência, nos termos estabelecidos no art. 84, exceto para financiamento obtido com sócios e integrantes do grupo do devedor ou com pessoa que tenha relação de parentesco ou afinidade até o quarto grau com o devedor.
Parágrafo único. O financiamento concedido em observância ao disposto nesta Seção assegurará ao financiador prioridade absoluta sobre o valor de excussão dos ativos onerados ou alienados fiduciariamente, até o limite dos valores efetivamente entregues ao devedor, observada a ressalva prevista no caput.

[149] Art. 84. Serão considerados créditos extraconcursais e serão pagos com precedência sobre os mencionados no art. 83, na ordem a seguir, aqueles relativos:
I - às quantias referidas nos art. 150 e art. 151;
II - ao valor efetivamente entregue ao devedor a título de adiantamento de financiamento de empresa em recuperação judicial a que se refere o art. 69-G, § 2º;
III - ao valor efetivamente entregue ao devedor em recuperação judicial pelo financiador, em conformidade com o disposto no art. 69-F;
IV - aos créditos em dinheiro objeto de restituição conforme previsto no art. 86;
V - às remunerações devidas ao administrador judicial e aos seus auxiliares, aos reembolsos devidos a membros do Comitê de Credores, e aos créditos derivados da legislação trabalhista ou decorrentes de acidentes de trabalho relativos a serviços prestados após a decretação da falência;
VI - às quantias fornecidas à massa pelos credores;
VII - às despesas com arrecadação, administração, realização do ativo, distribuição do seu produto e custas do processo de falência;
VIII - às custas judiciais relativas às ações e às execuções em que a massa falida tenha sido vencida;
IX - às obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial, nos termos do art. 67, ou após a decretação da falência, e aos tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência, respeitada a ordem estabelecida no art. 83.

Porém, os mais de 13 anos de vigência da Lei nº 11.101/05 serviram para atestar que os benefícios postos na legislação não foram suficientes a afastar o cenário, que ora se observa, de incertezas aos financiadores e pouca oferta de crédito às empresas devedoras.

Noutras palavras, ainda remanesce no Brasil a dificuldade, outrora experimentada na vigência do DL 7.661/45, para as empresas em situação de crise financeira, em especial aquelas que se socorrem dos meios de proteção legal, para financiarem suas operações e, em consequência, preservarem suas atividades e satisfazerem as obrigações junto aos seus credores.

Nesse aspecto, a proposta de reforma da Lei, muito embora tenha alterado alguns pontos quanto aos benefícios proporcionados àqueles que se disponibilizarem a fornecer crédito novo às empresas em crise, parece não trazer a necessária mudança a fomentar a concessão de crédito às mesmas, uma vez que a prerrogativa continua se operando apenas quando da decretação da quebra da empresa. Noutras palavras, significa dizer que, sem prejuízo em admitir que a prática futura indique de modo diverso, não se verifica qualquer vantagem outorgada ao credor financiador no curso do processo recuperacional.

Para que se possa identificar efetivas mudanças nesse nebuloso e desestimulante cenário, o benefício concedido ao potencial concessor de crédito novo à empresa em crise deve ser concreto e eficiente, não condicionando sua posição privilegiada para recebimento do valor aportado no negócio apenas quando a falência do devedor for decretada.

Do mesmo modo, como complemento, mostra-se necessário que as normas regulatórias, sobretudo aquelas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional e o Banco Central, aqui referidas, também sejam alteradas para que estimulem, ou ao menos não criem desincentivos, a que os financiadores concedam novos financiamentos às empresas em recuperação judicial.

REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

ALMEIDA, Amador Paes. **Curso de falência e recuperação de empresa: de acordo com a Lei n. 11.101/2005.** 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

BARTON, Blair. **Broadening the Estate by Avoiding Specificity of Retained Claims.** In Fordham Journal of Corporate Law. 2013.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação Judicial de Empresas e Falência – Lei 11.101/2005 Comentada artigo por artigo.** 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. **Lei Federal n.º 11.101/05**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm]. Acesso em 14.08.2018.

BRASIL. **Resolução n.º 2.682/1999 do Banco Central do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em [https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1999/pdf/res_2682_v2_L.pdf]. Acesso em 14.08.2018.

BRASIL. **Projeto de alteração da Lei nº 11.101/05, registrado sob o nº 10.220/2018**. Câmara dos Deputados. Brasília, DF. Disponível em [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2174927]. Acesso em 14.08.2018.

BRASIL. **Câmara dos Deputados. Decreto-Lei n.º 7.661/45**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/Decreto-Lei/Del7661.htm]. Acesso em 14.08.2018.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa: O novo regime da insolvência empresarial.** 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas: (Lei n. 11.101, de 9-2-2005).** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. **Financiamento na Recuperação Judicial e na Falência.** São Paulo: Quartier Latin, 2014.

IMHOF, Cristiano. **Lei de Falências e de Recuperação de Empresas e sua Interpretação Jurisprudencial** – Anotado Artigo por Artigo. 1. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.
LOPUCKI, Lynn M.; TRIANTIS, George G. **A Systems Approach to Comparing U.S. and Canadian Reorganization of Financially Distressed Companies.**

MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Financiamento e Investimento na Recuperação Judicial**, In: Dez anos da Lei nº 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência. Coordenadores: Sheila C. Neder Cerezetti, Emanuelle Urbano Maffioletti. São Paulo: Almedina, 2015.

PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). **Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas.** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SCALZILLI, João Pedro, SPINELLI, Luis Felipe e TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2017.

SALOMÃO, Luis Felipe. SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática.** 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. **Tratado de direito falimentar.** 1. ed. Rio de Janeiro: 2008.

UNCITRAL. Recomendação nº 66 do *Legislative Guide on Insolvency Law* da *UNCITRAL*. Disponível em [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf]. Acesso em 14.08.2018.

GOVERNANÇA DE SOCIEDADES EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

José Bráulio Petry Fonseca[150]

Resumo: O presente estudo objetiva examinar as estruturas de governança de sociedades sob os influxos de um processo de recuperação judicial. Tendo em vista a realidade econômica e jurídica brasileira, o exame tende a se concentrar nas sociedades cujos tipos contêm com o privilégio da limitação de responsabilidade dos sócios. O estudo avalia as exigências impostas aos administradores e sócios sob a perspectiva da direta incidência das regras de direito da insolvência (Lei 11.101/2005), notadamente com a instauração de um processo de recuperação judicial, quando então se verificará que os administradores e sócios terão atuação com limites comprimidos tendo em vista modificações nos padrões de proteção dos demais interesses que orbitam em torno da empresa em crise.

Palavras-chave: Recuperação judicial. Governança corporativa. Administradores de sociedades. Sócio controlador. Debtor in possession

Sumário: Introdução. 1. Prestação de informações aos credores. 2. Disposição de bens do ativo não circulante. 3. Meios de recuperação com impacto sobre as estruturas de governança. 4. O Papel do administrador judicial. 5. Comitê de credores. 6. A condução da empresa até a votação do plano de recuperação. 7. Hipóteses materiais de afastamento dos administradores. 8. Os sócios das sociedades em recuperação judicial. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Na busca por soluções para reverter os efeitos da crise na empresa, diferentes iniciativas podem serconsideradas entre o devedor e seus credores.

Os ajustes nas práticas comerciais e rotinas estruturais internas para reverter a trajetória de queda costumam compor o chamado plano de negócios.[151] São exemplos o encerramento das operações sem resultados satisfatórios e concentração dos esforços em operações mais rentáveis; reduções de despesas; novasparceriascomerciais estratégicas.

O segundo feixe reflete as medidas de reestruturação financeira. Trata do pagamento dos créditos anteriores à recuperação, que compõem o que se costuma chamar de "passivo da recuperanda" (LRF, art. 49). O desafio consiste em alinhar quanto cada credor receberá em

---

[150] Doutorando em Direito pela UFRGS. Mestre em Direito pela UFRGS. Advogado em Porto Alegre

[151] LoPUCKI, Lynn M.; WHITFORD, William C. Corporate governance in the bankruptcy reorganization of large, publicly held companies.University of Pennsylvania Law Review, v. 141, n. 3, jan./1993, pp. 678-679.

dinheiro, valores mobiliários ou outros bens passíveis de apreciação econômica, operando-se com a aprovação do plano a novação das obrigações do devedor.[152]

Neste breve espaço, trataremos dos desafios relacionados às modificações nos padrões de governança ou condução de sociedades em recuperação judicial, considerando a regra atualmente vigente de manutenção do devedor à frente dos negócios mediante compromissos com credores e outros interessados.

O nosso exame enfocará as sociedades empresárias, sobretudo dos tipos limitada e anônima. São elas as principais proponentes de planos de recuperação em nossa experiência econômica e jurídica. Os casos de recuperação judicial de empresários individuais são menos frequentes.

Na realidade das sociedades empresárias devedoras, os administradores são essenciais para superar as dificuldades. Seus atos, em razão do cargo, para a consecução do objeto social, continuam obrigando a sociedade.[153]

Será abordada também a figura dos sócios das sociedades em recuperação. Os ocupantes da posição jurídica de controladores têm especial destaque devido à sua influência no rumo das deliberações sociais, escolha da maioria dos administradores e no direcionamento dos órgãos da sociedade (LSA, art. 116).

Adiantamos que o exame das atuações dos administradores e dos sócios reclama cautelas adicionais quando realizado à luz do direito da insolvência.

Se por um lado a situação de crise em sentido econômico requer uma eficaz manutenção da fonte produtora, por outro não deve ser ignorado o imperativo de proteção dos credores e de outros titulares de direitos e interesses juridicamente relevantes.

Quando a empresa está em situação conhecida como fisiológica[154], as atenções se voltam às relações dos sócios com os administradores (controle disperso) ou dos controladores com os não-controladores (controle concentrado).

Por outro lado, quando surgido o estado conhecido como patológico[155], impõe-se observância às tensões entre os interesses dosque estão dentroda sociedade devedora (sócios e administradores) e dos que são seus credores.

---

[152]LoPUCKI, Lynn M.; WHITFORD, William C. Corporate governance in the bankruptcy reorganization of large, publicly held companies. University of Pennsylvania Law Review, v. 141, n. 3, jan./1993, pp. 678-679.

[153] Entendendo que o juiz, a assembleia geral de credores, o comitê de credores e o administrador judicial consistem em estruturas de governança de sociedades na recuperação judicial, v. LANCELOTTI, Renata Weingrill. Governança corporativa na recuperação judicial:lei 11.101/2005. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 159-165.

[154] LUCIANO, Alessandro M. La gestionedella S.P.A nellacrisipre-concursale. Milão: Giuffrè, 2016, p. 11.

[155] LUCIANO, Alessandro M. La gestionedella S.P.A nellacrisipre-concursale. Milão: Giuffrè, 2016, p. 11.

As situações têm em comum a ocorrência de conflito de agência[156.] Por outro lado, diferem no tocante à incidência das regras de solução desses conflitos. A crise impõe maior diálogo entre o direito societário e o direito da insolvência.

Evidentemente, o nosso exame não se desgarrará do princípio da preservação da empresa já que é base do direito da insolvência de nossos dias.[157][158]

1. PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES AOS CREDORES

A decisão de manter os administradores na condução das empresas em crise exige o entendimento de certas premissas sobre a forma ideal de recuperá-las.

Nesse sentido, admite-se que os administradores são os sujeitos em melhores condições para conduzir a empresa em crise, devido à experiência acumulada sobre os seus pontos de força e fragilidade,[159] podendo prontamente discutir com os credores as alternativas mais viáveis de recuperação.

A manutenção evita o acréscimo de custos com o tempo de aprendizado e a adaptação às particularidades da empresa por novas pessoas. Em tempos de crise, é preciso ser ágil nas iniciativas de recuperação da empresa.

Para esclarecer, e o que vem a ser a crise? Parece ser mais adequado entendê-la como estado de problemas na continuidade da atividade empresarial ao invés de desequilíbrios entre

---

[156]EIDENMÜLLER, Horst. Comparative Corporate Insolvency Law. European Corporate GovernanceInstitute (ECGI), Law WorkingPaper n. 319/2016, Oxford Legal StudiesResearchPaper n. 30/2017, Jun./2016. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2799863>, acesso em 17.08.2018.

[157] PIVA, Fernanda Neves; SETOGUTI, Guilherme. Recuperação judicial e direito societário: Impactos na governança corporativa das companhias. *In:* FRAZÃO, Ana; ROSSETTI, Maristela Abla (coord.); e PITTA, Andre Grunspun. Governança corporativa – avanços e retrocessos. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 385. CEREZETTI, Sheila Christina Neder. Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre direitos societário, processual e concursal. *In*: YARSHELL, Flávio; SETOGUTI, Guilherme (coord.). Processo Societário II. São Paulo: Quartier Latin 2016.

[158]BARUFALDI, W. Alexandre D. E. Recuperação judicial: estrutura e aplicação de seus princípios. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 60; CEREZETTI, Sheila Christina Neder. Recuperação judicial de sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na lei de recuperação e falência. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 208; PERIN JÚNIOR, Écio. A dimensão social da preservação da empresa no contexto da nova legislação falimentar brasileira (lei 11.101/2005): uma abordagem zetética. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, v.142, n. 45, abr./jun. 2006, p.165-187; LOBO, Jorge. Direito da empresa em crise: A nova lei de recuperação da Empresa. Revista da EMERJ, v. 9, n. 34, 2006, p.30, com referências a estudo pioneiro do autorpublicado em 1998; BULGARELLI, Waldirio. O novo direito empresarial. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 158. COMPARATO, Fábio Konder. Aspectos jurídicos da macroempresa. São Paulo: RT, 1970, p. 88-89; 102. O legislador brasileiro criou a recuperação inspirado no procedimento francês de "sauvegarde de l'entreprise" (*Code de Commerce*, L. 620-1). Sobre o tema, v. SAINT-ALARY-HOUIN, Corinne. Droit des entreprises endifficulté. 10ª ed. Paris: LGDJ, 2016, p. 56; FAVARIO, Thierry. De l'attractivité du droit des entreprises en difficulté, Paris, Revue des procédures collectives, n. 4, jul./ 2009, p. 24-28 ; LUCAS, François-Xavier. Manuel de droit de la faillite. 2ª ed. Paris : Puf, 2018, p. 318.

[159] NORBERG, Scott F. Debtor incentives, agency costs and voting theory in Chapter 11.Kansas Law Review, v. 46, n. 507, 1998, p. 525.

o ativo e o passivo no balanço patrimonial.[160] Desse modo, importa mais a capacidade de realizar pagamentos do que a soma dos bens em balanço patrimonial. Some-se a isso o fato de que a experiência indica que quando a empresa passa a deixar de honrar pagamentos ela já está com um passivo superior aos seus ativos.[161]

As indagações sobre os melhores padrões de governança são relevantes. Sua concepção afeta decisivamente o valor econômico da empresa em crise.

Se a lei dificulta a permanência dos administradores na sociedade ou aumenta os custos para operar a sua atividade, o valor econômico da empresa despencará.

Por outro lado, se o marco legal estabelece estímulos para a reorganização rápida das dívidas e oferece expedientes eficientes de proteção contra as investidas individuais e desorganizadas dos credores, estarão presentes as condições de recuperação e consequente elevação do valor da empresa.[162]

A aplicação da lei deve proteger a governança em meio à crise.

Nesse sentido, com a sociedade devedora a salvo das ameaças individuais doscredores a partir do deferimento do *stay* (LRF, art. 6º, § 4º), os administradores deverão continuar com os negócios adequados ao interesse social, colocando em prática as medidas administrativas integrantes do plano de negócios.

Ocorre que a proteção dada de forma imediata (*stay*) não vem desacompanhada do surgimentode deveres adicionais aos administradores. A crise impõe sacrifício aos credores, impedidos de cobrar a sociedadee à espera de arranjos que lhes possibilitem reverter o máximo possívelos prejuízos sofridos.

Sob a proteção imediata da suspensão das cobranças, os administradores devem diligenciar para suprir os credores da sociedade devedoradas informações sobre a atividade e a crise enfrentada. Sua tarefa será corrigir as assimetrias de informação referentes à sociedade e à sua empresa.[163]

A proibição de voto abusivo em assembleia geral (será abusivo, por exemplo, se violar o imperativo de lealdade face aos outros credores),[164] não impede dizer que os credores são livres para votar seguindo os seus interesses particulares, não se obrigando à luz de interesses

---

[160] ANGELICI, Carlo. Diritto commerciale. v. 1. 4ª ed. Segrate: Laterza, 2008, p. 231.
[161] SCHMIDT, Karsten. Grounds for Insovency and Liability for Dealys in Filing for Insolvency Proceedings. In: LUTTER, Marcus (org.). Legal Capital in Europe. Berlin: De Gruyter, 2006.
[162]WARREN, Elizabeth. Bankruptcy policymaking in an imperfect world. Michigan Law Review, v. 92, n.2, nov./ 1993, p. 344.
[163]LoPUCKI, Lynn M.; WHITFORD, William C. Corporate governance in the bankruptcy reorganization of large, publicly held companies. University of Pennsylvania Law Review, v. 141, n. 3, jan./1993, p. 694.
[164] BRUSCHINELLI, Gabriel S. K. Abuso do direito de voto na assembleia geral de credores. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 77.

externos à sua esfera jurídica, tais como interesses do devedor, dos outros credores ou ainda a preservação da empresa.

Diversamenteda influência do interesse social nos votos dos sócios de uma sociedade, o credor votará seguindo o seu interesse econômico. Caberá que diga, livremente, se desejaa novação ou a persecução do seu crédito na falência.[165][166]

Questão que se colocaa esta altura é a amplitude da informação a ser transmitida. A nosso ver, é preciso cautela no tocante à transmissão dos conhecimentos, evitando-se que certos segredos sejam indistintamente revelados. O potencial competitivo deve ser conservado. A empresa permanece funcionando na recuperação e a abertura de certos segredos poderia ser o ato final de sua queda.

Por outro lado, se os credores não conhecerem à saciedade as causas da crise e a viabilidade de sua superação (o que poderá envolver ter conhecimento sobre os seus processos e os seus diferenciais competitivos nos mercados), poderão acabar deixando de lado a melhor opção em seu benefício econômico.[167]

Seguramente, o tema da amplitude informacional é relevante e inspira ulteriores reflexões em espaço próprio.[168] Basta imaginar os conflitos nas situações em que o credor requisitante de informações é competidor direto da devedora.[169]

Ao contribuírem com as informações sobre a sociedade e a sua atividade, os administradores deverão ter como diretriz informar o necessário para que o voto do credor seja declarado sem vícios e estribado em ciência sobre as reais causas da crise e uma perspectiva realista sobre a viabilidade de recuperação.

A qualidade da informação transmitida no plano, nos documentos que lhe instruem e em conversas ou encontros, estes prestados antes e depois da apresentação das peças no

---

[165] SATIRO, Francisco. A autonomia dos credores no plano de recuperação judicial. *In:*CASTRO, Rodrigo R. M. e outros (coord.). Direito empresarial e outros estudos de direito em homenagem ao Professor José Alexandre Taveres Guerreiro. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 110.

[166]EIDENMÜLLER, Horst. Comparative corporate insolvency law. European Corporate Governance Institute (ECGI), Law Working Paper n. 319/2016, Oxford Legal Studies, Research Paper n. 30/2017, jun./2016. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2799863>, acesso em 17.08.2018, p. 15.

[167] TJSP, Agravo de Instrumento n. 533.556-4/3-00, Relator Pereira Calças, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, j. 28.05.2008. No mesmo sentido: TJSP, Agravo de Instrumento n. 459.929.4/7-00, Relator Bóris Kauffmann, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, j. 06.12.2006.

[168]MERKT, Hanno. Creditor protection through mandatory disclosure. European Business Organization Law Review, n.1, mar./2006, p.112

[169]EIDENMÜLLER, Horst. Comparative corporate insolvency law. European Corporate Governance Institute (ECGI), Law Working Paper n. 319/2016, Oxford Legal Studies, Research Paper n. 30/2017, jun./2016. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2799863>, acesso em 17.08.2018, p. 24.

processo de recuperação judicial,[170][171]pode se tornar o fator determinante para conquistar a confiança dos credores.[172] As conversas são às vezes a diligência mais importante para conquistar os votos de aprovação do plano.

Consequentemente, ao agirem assim, os administradores estarão no interesse da sociedade da qual são órgãos indispensáveis ao seu funcionamento. Diversamente, se falharem com as diligências necessárias à aprovação do plano, estarão deixando de cumprir com os seus deveres perante a sociedade.

2. DISPOSIÇÃO DE BENS DO ATIVO NÃO CIRCULANTE

O direito societário baseia-se no fato de as reivindicações dos vários credores serem estratificadas e arranjadas segundo uma ordem de prioridade.

Os que financiaram a empresa em troca da promessa juridicamente vinculativa e exigível do pagamento de capital e juros (pretensões fixas) receberão a contraprestação ao tempo em que elas se tornarem exigíveis perante a sociedade, o que significa em termos práticos que receberão ao tempo do pagamento das despesas.

De outra parte, caberá aos sócios participarem da divisão dos lucros ou dividendos ou concorrerem na partilha de eventual acervo remanescente, em caso de liquidação, somente depois de cumpridas todas as obrigações sociais (CC, arts. 1.009, 1.059, 1.107 e 1.108; LSA, arts. 17, § 3º, 201 e 215).

A situação de mera expectativa de participar de resultados positivos, conexa com a posição jurídica de subordinação no quadro de pagamentos,[173] permite que os sócios se mantenham como senhores da atividade da sociedade, confiando que a empresa será conduzida de maneira hábil e prudente pelos administradores. Eles agem esperando que surjam os resultados necessários para pagar os credores, as demais despesas, tudo com o objetivo de que o excedente seja ao fim partilhado.

---

[170] LRF, art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convolação em falência.

[171] MACHADO, José Manuel Gonçalves. O dever de renegociar no âmbito pré-insolvencial: estudo comparativo sobre os principais mecanismos de recuperação de empresas. Coimbra: Almedina, 2017, p. 324-327; CUNHA, Paulo Olavo. Os deveres dos gestores e dos sócios no contexto da revitalização de sociedades. In: SERRA, Catarina. II Congresso de Direito de Insolvência (coord.). Coimbra: Almedina, 2014, p. 207 e segs.

[172]LoPUCKI, Lynn M.; WHITFORD, William C. Corporate Governance in the Bankruptcy Reorganization of Large, Publicly Held Companies. University of Pennsylvania Law Review, v. 141, n. 3, jan./1993, p. 694.

[173]CLARK, Robert Charles. Corporate law. Nova York: Aspen, 1986, p. 52; FERRI Jr., Giuseppe. Soci i creditorinellastruturafinanziariadellasocietà in crisi. In: TOMBARI, Umberto (coord.). Diritto societario e crisi d'impresa. Turim: Giappichelli, 2014, p. 95

No entanto, essa ordem de arranjos pode restar modificada com a crise, desaparecendo as justificativas para deixar o senhorio da empresa apenas aos sócios e os administradores da sociedade.

A liberdade que lhes era conferida para buscar o atendimento dos diferentes interesses que orbitam em torno da empresa[174] torna-se perigosa.

Assim, a crise expande os caminhos para a incidência do direito da insolvência, forjado com construtos que interferem na governança da sociedade.

A situação levará os credores a decidirem se o senhorio sobre a empresa deve ser comprimido (recuperação judicial) ou suprimido em definitivo (falência).[175]

Na recuperação judicial, o devedor não pode alienar ou onerar bens ou direitos do seu ativo não circulante, salvo evidente utilidade reconhecida pelo juiz, com exceção dos bens relacionados no plano de recuperação (LRF, art. 66).[176]

A regra indica essa compressão do senhorio sobre a empresa em crise. Seu objetivo é evitar a dilapidação dos bens necessários à recuperação.[177]

Acresce notar que a regra em comentário promove um importante equilíbrio de forças entre o devedor e seus credores: enquanto os credores não podem seguir com cobranças por força do *stay* (LRF, art. 6, § 4º), os administradores restam proibidos de se aproveitarem da liberdade obtida para adotarem comportamentos capazes de colocar em risco a efetiva recuperação.

Sendo assim, se ainda não há plano de recuperação aprovado, deverá ser previamente requisitada ao juiz a alienação ou oneração dos bens do ativo não circulante,[178] [179] sendo que, depois de ouvido o comitê de credores, se houver, decidirá, fundamentadamente, sobre a

---

[174] A preservação da empresa na perspectiva do institucionalismo integrativo conduz à seguinte conclusão: "O fundamento para a afirmação da necessária preservação da empresa encontra-se na constatação de que a empresa constitui um centro ao redor do qual gravitam diversos interesses, que, não obstante muitas vezes colidentes, devem ser respeitados durante sua vida e sua eventual crise". CEREZETTI, Sheila Christina Neder. Recuperação judicial de sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na lei de recuperação e falência. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 206.

[175] STANGHELLINI, Lorenzo. Caso Alitalia e procedure concursali. Bolonha, AnalisiGiuridicadell'Economia, v. 2, 2010, p. 384

[176] Os bens do ativo não circulante cuja alienação poderá ocorrer sem prévia autorização judicial devem estar especificados no plano, sendo ilegal previsão genérica, cf. TJSC, Agravo de Instrumento n. 4010142-93.2016.8.24.0000, Relator Des. Jânio Machado, Quinta Câmara de Direito Comercial, j. em 09.03.2017. No mesmo sentido, v. TJSP, Agravo de Instrumento n. 2118318-49.2016.8.26.0000, Relator Caio Marcelo Mendes de Oliveira, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. em 03.07.2017.

[177] AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas. 3ª ed. Rio de Janeiro: GEN, 2017, p. 102.

[178] A alienação de bens do estoque é permitida por não integrarem o ativo circulante do devedor cf. TJRS, Agravo de Instrumento n. 70076950922, Sexta Câmara Cível, Relator Niwton Carpes da Silva, j. em 28.06.2018;

[179] O fechamento de filiais inoperantes ou o arrendamento de unidade industrial não são atos de alienação ou de oneração de bens ou de direitos do ativo permanente da empresa, TJRS, Agravo de Instrumento n. 70066558727, Sexta Câmara Cível, Relator Ney Wiedemann Neto, j. em 28/04/2016.

alienação pretendida, com base na utilidade do ato, cuja análise se prenderá à capacidade de contribuir para preservar a empresa.[180][181]

A autorização do juiz destinar-se-á às situações nas quais a alienação antes da votação do plano servirá para evitar a perda de valor. A oneração será justificável, por exemplo, nos casos de crédito visando à continuidade da empresa.

De outra parte, se o plano já houver sido aprovado pelos credores, e o devedor ainda em período de fiscalização desejar alienar ou onerar bens do ativo não circulante em termos não previstos no plano, não será o caso de buscar a autorização do juiz; diversamente, a questão deverá ser submetida à avaliação dos credores, em assembleia, visando à alteração do plano anteriormente aprovado.[182]

Trata-se de evitar a dissipação dos bens da empresa, o que é salutar.

Por outro lado, ela poderá ser de difícil aplicação em certos casos, cabendo imaginar um devedor cujos bens a serem alienados ou onerados têm pouca relevância se comparados com a sua capacidade de cumprir as obrigações do plano; a depender do caso, revelar-se-ia pouco razoável uma nova assembleia geral de credores. Os custos e a demora para a realização do ato poderiam representar obstáculo cuja transposição não seria eficiente sob o ponto de vista econômico.

Seria de todo útil um aperfeiçoamento legislativo quanto ao ponto, trazendo flexibilidade para quando desnecessária a autorização dos credores.[183]

3. MEIOS DE RECUPERAÇÃO COM IMPACTO SOBRE AS ESTRUTURAS DE GOVERNANÇA

O plano deve ser proposto pelo devedor e as alterações posteriores só serão eficazes mediante a aquiescência daquele e se inexistir diminuição de direitos exclusivamente dos credores ausentes (LRF, art. 56, § 3º).[184]

---

[180] MUNHOZ, Eduardo Secchi. Comentários ao art. 66 da LRF. In:SATIRO e PITOMBO (coord.) Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 316,

[181]TJSP, Agravo de Instrumento n. 2111656-98.2018.8.26.0000, Relator Carlos Dias Motta, 29ª Câmara de Direito Privado, j. em 06.08.2018.

[182] TJSP, Agravo de Instrumento n. 0298562-17.2010.8.26.0000, Relator Boris Kauffmann, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, j. em 01.03.2011.

[183] O Projeto de Lei n. 10.220/2018, em tramitação na Câmara dos Deputados, não trata do assunto. O objetivo do aludido Projeto é "atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária".

[184] Sobre o período de exclusividade do devedor e suas vantagens, no direito estadounidense, ver TABB, Charles Jordan. The law of bankruptcy. 2ª ed. Nova York: Foundation Press, 2009, p. 1100.

Isso significa dizer que o plano aprovado consiste num negócio jurídico cuja celebração ou a sua posterior alteração dependem da vontade do devedor.

Em se tratando de sociedades, a experiência prática indica que os limites aceitos pelo devedor nas negociações com os seus credores acabam sendo indicados pelo controlador e pelos administradores.

E os titulares de tais posições e cargos tenderão a não desejar deixar o poder sobre a atividade empresarial para terceiros da preferência dos credores.

Muitas vezes, e sobretudo nas empresas conhecidas como "familiares", os interesses econômicos se mesclarão com assuntos de ordem emocional, sendo difícil demover do comando um líder cuja história pessoal acaba até mesmo se confundindo com o desenvolvimento e a expansão da atividade empresarial.

A experiência prática indica que são menos frequentes em nossa realidade os planos de recuperação prevendo a substituição dos controladores ou administradores, eleição pelos credores em separado de novos administradores, concessão aos credores de poder de veto a certas deliberações, e medidas afins.[185]

Os expedientes mais comumente negociados relacionam-se à reorganização financeira da sociedade em recuperação, com prazos de carência, parcelamentos e deságios sobre as obrigações de pagar quantia certa.[186]

Na realidade dos Estados Unidos América ocorre situação diversa.

Os planos com soluções mais agudas sobre as estruturas de governança são mais frequentes, com propostas de transmissão da empresa (compra e venda de 100% das quotas ou ações de emissão) ou do ingresso de credores no controle, passando a gestão às mãos de investidores institucionais especializados em crise.[187]

Outra particularidade de lá é a preferência dos administradores por propor dações de ações de emissão da reorganizanda ou títulos de dívida dela, ou de suas subsidiárias, ao invés

---

[185] Sob o ponto de vista da governança de sociedades, destacam-se os seguintes meios de recuperação no art. 50, da LRF: alteração do controle societário; substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos;concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar; e administração compartilhada.

[186] São comuns os planos com prazos de carência de pagamentos aos credores estendidos para dois anos depois da decisão de concessão da recuperação judicial (a exceção, por força de lei, dos pagamentos devidos aos credores trabalhistas), visando escapar do período de fiscalização (o descumprimento de obrigações enseja a quebra do devedor). São comuns, igualmente, as propostas de pagamentos de valores diminutos nos dois primeiros anos em comparação aos anos seguintes. BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Procedimento da recuperação judicial – exame dos dispositivos dos arts. 55 a 69. In: CARVALHOSA, Modesto (coord.). Tratado de Direito Empresarial. v. 5. São Paulo: RT, 2016, p. 236.

[187]BERNSTEIN, Donald S. Toward a new corporate reorganization paradigm. Journal of Apllied Corporate Finance, v. 19, n. 4, 2007, p. 9

de pagamentos em dinheiro. Preferem propor alienação de ativos menos importantes do que pagamentos em dinheiro também.

O foco dessas escolhas é manter ao máximo a disponibilidade de caixa da empresa para adimplir as obrigações de curto e médio prazo.[188]

O art. 50, da LRF, *caput*, esclarece que as medidas para a recuperação judicial deverão observar as condições materiais de sua validade e os procedimentos previstos nas leis correspondentes.

Essa disposição é particularmente importante quando o meio de recuperação em discussão envolve mudanças no controle ou na administração.

Nesse sentido, a substituição dos administradores e controladores ou outras medidas capazes de modificar as estruturas de governança poderão demandar anterior observância dos direitos dos sócios no plano relacional interno da sociedade, o que poderá exigir a obtenção de uma deliberação social.

Quer dizer, em alguns casos, somente se respeitadoo passo prévio de realização de uma reunião ou assembleia é que se poderia assumir que a vontade da sociedade estará dando respaldo à proposta do administrador.

Há quem tenha defendido que a lei da insolvência poderia se sobrepor em situações assim, de maneira que seria suficiente a aprovação dos credores para que as alterações no comando da sociedade tornassem-se eficazes e exigíveis.[189]

Com isso, todavia, não podemos concordar, tendo em vista que a vontade da sociedade não se confunde com a vontade dos seus administradores.

Quando indispensável para a eficácia do ato, deverá ser previamente verificada a vontade social por meio do procedimento que a lei indique como correto. A insolvência não cria um novo ambiente capaz de sustentar operações contraditórias aos procedimentos especiais previstos em outras leis especiais.[190]

Nessa ordem de ideias, se necessária uma deliberação social prévia, a solução mais acertada seria providenciá-la antes da apresentação do plano de recuperação judicial em juízo, de maneira a garantir afinidade entre a vontade da sociedade e de seus administradores.

---

[188]LoPUCKI, Lynn M.; WHITFORD, William C. Corporate governance in the bankruptcy reorganization of large, publicly held companies. University of Pennsylvania Law Review, v. 141, n. 3, jan./1993, p. 687.

[189] MACHADO, Nelson Marcondes. Direito societário e a nova lei de falências e recuperação de empresas. *In:* CASTRO, Rodrigo R. Monteiro e ARAGÃO, Leandro Santos (coord.). Direito societário e a nova lei de falências e recuperação. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 160.

[190] CAMPINHO, Sérgio. Curso de direito comercial: falência e recuperação de empresa. 8. ed. São Paulo:Saraiva, 2017, p. 166.

A adoção dessa cautela traria segurança ao processo da recuperação, restando incontestável a imediata possibilidade de troca de comando na recuperanda caso assim seja decido em assembleia geral de credores.[191]

4. O PAPEL DO ADMINISTRADOR JUDICIAL

Uma vez que a reunião dos ativos em razão da empresa tem maior valor econômico do que o resultado da soma individual de seus bens e direitos, o direito brasileiro de insolvência autoriza que o prosseguimento da empresa pelo devedor sem exigir-lhe prévia obtenção de autorização do juízo da recuperação.

No entanto, como estamos procurando demonstrar, essa liberdade encontra limites.

Como lembra Charles Tabb, o devedor em recuperação usa dois "chapéus". Deve conciliar os seus interesses próprios com os dos credores, de maneira que o seu patrimônio seja administrado no interesse de ambos.[192]

Além disso, o referido autor lembra que o devedor em recuperação tem múltiplos deveres. Precisa operar o negócio e ao mesmo tempo cuidar dos interesses da sociedade tendo em vista a condução do processo de recuperação judicial, providenciando, com o apoio de profissionais, as manifestações no processo de recuperação, a par da escrituração correta das atividades, manutenção de livros, relatórios negociais, e monitoramento de reclamações dos credores.

O devedor em recuperação judicial precisa ainda perseguir a aprovação do plano pelos credores, atuando proativamentenas negociações.[193]

Os administradores que mantém boas relações com os credores e outros interessados tendem a obter melhores resultados na redefinição das obrigações da sociedade, com soluções capazes de satisfazer mais interessados.[194]

---

[191] SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. Recuperação de empresas e falência. São Paulo: Almedina, 2016, pp. 232-233.

[192] "Upon the filing of a chapter 11 case, the debtor schizophrenically assumes two roles. The first is as debtor-*qua*-debtor; the second is as debtor-*qua*-trustee. The debtor is itself, obviously, and is also the fiduciary representative of the bankruptcy estate. TABB, Charles Jordan. The law of bankruptcy. 2ª ed. Nova York: Foundation Press, 2009, p. 1054. No mesmo sentido, ver MILLER, Harvey R. Corporate governance in Chapter 11: the fiduciary relationship between directors and stockholders of solvent and insolvent corporations, Seton Hall Law Review, n. 23, 1993, p. 1.467.

[193] TABB, Charles Jordan. The Law of Bankruptcy. 2ª ed. Nova York: Foundation Press, 2009, p. 1055.

[194]DAILY, Catherine M. Governance patterns in bankruptcy reorganizations. Strategicmanagement journal, v. 17, n. 5, mai./1996, p. 360.

Os administradores precisam ter ciência dessas diferentes atribuições. No mais das vezes, são eles os responsáveis por cumpri-las. Ter conhecimento é o primeiro passo para evitar umapostura apenas reativa à frente dos negócios, conduzindo normalmente os negócios, aproveitando a proteção do *stay,* porém sem atentar às demais providências que precisam ser encaminhadas.

No entanto, para incentivar o devedor a continuar colaborando, o legislador brasileiro estabeleceu meios de fiscalização sobre a administração.

O administrador judicial é o auxiliar de fiscalização mais importante na recuperação judicial (LRF, art. 64).[195]

Tem o poder de solicitar ao devedor ou aos seus administradores, bem como dos credores, quaisquer informações que importem à recuperação, sendo que poderá contar com o apoio do juízo em caso de recusa (LRF, art. 22, I, "d" e § 2º).

Além disso, eletem as atribuições legais de fiscalizar as atividades do devedor[196] e o cumprimento do plano de recuperação judicial (LRF, art. 22, II, a); apresentar ao juiz, para juntada nos autos, relatório mensal das atividades do devedor (LRF, Art. 22, II, c); sendo que, no fim do processo de recuperação, apresentará o relatório de execução do plano de recuperação (LRF, art. 22, II, d).

Sedescumpridoo plano (LRF, art. 22, II, b), deve (e não apenas *pode*) requerer a falência.

Em verdade, na recuperação judicial, administrador judicial exerce prioritariamente a função de fiscalização sobre a administração do devedor.[197] Em outras palavras, sua atuação se dá à distância dos ativos da empresa.

Acima dos interesses individuais do devedor ou dos credores, deve zelar pelo cumprimento da lei.

Precisamanter o juízo informado sobre o desempenho do devedor, bem como noticiar informações que possam auxiliar na tutela dos direitos dos demais titulares de interesses juridicamente relevantes em torno da empresa.

---

[195] TJRS, Agravo de Instrumento, n. 70077846525, Vigésima Quarta Câmara Cível, Relator Fernando Flores Cabral Junior, j. em 26.06.2018.

[196] A prévia cientificação do administrador judicial, para o levantamento de valores depositados em conta judicial vinculada ao processo, em favor da Companhia em recuperação judicial é necessária, cf. TJRS, Agravo de Instrumento n. 70077708295, Vigésima Quarta Câmara Cível, Relator Cairo Roberto Rodrigues Madruga, j. 25/07/2018. Há diversos outros no mesmo sentido. O levantamento dos valores não pode ser condicionado à concordância do administrador, que é mero fiscal. Cabe ao juiz decidir, cf. TJRS, Agravo de Instrumento n. 70076916113, Décima Nona Câmara Cível, Relatora Mylene Maria Michel, j. em 17.05.2018.

[197] Na recuperação judicial, o administrador exerce o papel prioritário de fiscal. Na falência, de outra parte, o administrador exerce o papel prioritário de gestor dos bens, direitos e obrigações da massa falida. BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo. 10ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 106.

5. COMITÊ DE CREDORES

Costuma-se dizer que o comitê de credores é órgão pouco utilizado em nossa experiência devido aos custos impostos aos credores e a sua pouca utilidade.

No entanto, ele será especialmente útil nas recuperações de empresas com centenas ou milhares de credores.[198]

Quando instalado,[199] ao comitê competirá informar o juízo acerca de violações de direitos ou interesses dos credores (LRF, art. 27, I, 'a' e 'c').

Nesse sentido, o órgão fiscaliza a empresa em crise (LRF, art. 64), emitindo relatórios sobre os progressos do devedor (LRF, art. 27, II, 'a').

Em acréscimo, deve fiscalizar o cumprimento do plano de recuperação já aprovado, noticiando o descumprimento de obrigações (LRF, art. 27, II, 'b').

Se afastado o devedor ou seus administradores da linha de frente, o comitê terá a prerrogativa de pedir ao juizda recuperação a autorização para alienar bens do ativo não circulante, constituir ônus reais e outras garantias, bem comorealizar atos de endividamento para a continuação da empresa (LRF, art. 27, II, c), cabendo o gestor judicial agir em linha compatível com as orientações do comitê.

Não há dúvida, o comitê de credores naturalmente comprime a esfera de atuação dos administradores.

O órgão se coloca como fiscal da lei ao lado do administrador judicial e acompanha a atuação dos controladores e administradores de forma que não será necessária uma assembleia geral de credores para o devedor conhecer a voz dos credores acerca dos seus atos à frente da empresa em crise.

Sua presença incentiva os sócios e administradores cumprirem a lei,[200] fazendo o devedor sentir que os seus credores estão mais próximos.[201]

---

[198]LoPUCKI, Lynn M.; WHITFORD, William C. Corporate governance in the bankruptcy reorganization of large, publicly held companies. University of Pennsylvania Law Review, v. 141, n. 3, jan./1993, p. 680.

[199] Em nossa realidade, o comitê de credores é órgão cuja instalação é pouco usual. Nos Estados Unidos da América, de outro lado, o comitê é órgão de instalação compulsória, conforme o § 1.102(a), do BankruptcyCode. Há notícia de que a jurisprudência tem admitida a dispensa de instalação do comitê, notadamente em casos de empresas de menor porte, cf.: CEREZETTI, Sheila Christina Neder. Recuperação judicial de sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na lei de recuperação e falência. São Paulo: Malheiros, p. 413.

[200]PIVA, Fernanda Neves; SETOGUTI, Guilherme. Recuperação judicial e direito societário: impactos na governança corporativa das companhias. In: FRAZÃO, Ana; ROSSETTI, Maristela Abla (coord.); e PITTA, AndreGrunspun. Governança corporativa – avanços e retrocessos. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 397.

[201] LANCELOTTI, Renata Weingrill. Governança corporativa na recuperação judicial: lei 11.101/2005. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 161.

Se bem utilizado, nos casos que comportam a sua utilização, o comitê auxiliará no envolvimento de credores menos interessados em acompanhar o processo de recuperação.[202]

6. A CONDUÇÃO DA EMPRESA ATÉ A VOTAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO

Embora a lei tenha previsto o prazo de cento e cinquenta dias contados do deferimento do processamento da recuperação para os credores votarem o plano em assembleia (nos casos, naturalmente, sem aprovação tácita), esse prazo não tem sido observado na realidade das mais diferentes comarcas.

Ainda que inexistam balizas legais para valorar a qualidade da atuação e condicionarem a aprovação do plano a uma boa administração durante a crise, é evidente que os credores estarão especialmente atentos durante a suspensão das cobranças.

A governança no período em que o devedor se "supre do oxigênio" do *stay* servirá de boa amostra acerca da viabilidade da empresa nos termos propostos no plano, dentre os quais a permanência do controlador e dos administradores.

Além disso, um trabalho capaz de gerar boa impressão influenciará a avaliação dos credores qualificados como instituições financeiras, o que é fundamental tendo em vista que o fornecimento de crédito ao devedor em recuperação é um dos maiores desafios que estão no horizonte do legislador hoje.[203]

7. HIPÓTESES MATERIAIS DE AFASTAMENTO DOS ADMINISTRADORES

A regra geral de manutenção do devedor ou seus administradores à frente dos negócios é excepcionada de acordo com as previsões do art. 64 da LRF, prevendo o afastamento do devedor ou, se sociedades, dos administradores, quando então os credores elegerão um gestor judicial (LRF, art. 65).[204]

---

[202]WARREN, Elizabeth. Bankruptcy policy making in a imperfect world. Michigan Law Review, v. 92, n.2, nov./ 1993, p. 347.

[203] O Projeto de Lei n. 10220/2018 em tramitação na Câmara dos Deputados tem seção especialmente dedicada ao fornecimento de crédito do devedor e do grupo devedor em recuperação judicial. V. Arts. 69-A a 69-I do Projeto.

[204] O gestor poderá ser prontamente nomeado pelo juiz e posteriormente os credores chamados a ratificar ou modificar a escolha do julgador, cf. TJSP, Agravo de Instrumento n. 2039692-21.2013.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Relator Carlos Alberto Garbi, j. 05.10.2015.

O afastamento voluntário nos termos do plano de recuperação judicial apresentado aos credores é a primeira hipótese (LRF, art. 64, VI). Poderá ocorrer quando deferido o processamento da recuperação ou depois da sua concessão.[205]

Porém, como dito, o afastamento voluntário consiste em meio de recuperação pouco usual tendo em vista que o devedor ou administrador desejoso de deixar o cargo tenderá a negociar com os credores a sua substituição em momento anterior à apresentação do pedido de recuperação judicial; a solução negociada permitirá que não haja vacância prolongada no cargo, evitando que a empresa reste acéfala à espera de um novo comandante (LRF, art. 65).

De outro lado, o afastamento involuntárioocorrerá por variadas razões.

O afastamento ocorrerá em caso de condenação transitada em julgado por crimes em processos de recuperação judicial ou falências anteriores ou crimes contra o patrimônio, a economia popular ou a ordem econômica (LRF, art. 64, I).

Serão afastados os administradores que houverem agido com dolo, simulação ou fraude contra os interesses de seus credores (LRF, art. 64, III) ou se havidos indícios veementes de crimes previstosna lei de insolvência (LRF, art. 64, II).

Da mesma maneira, o afastamento deverá ocorrer diante de gastos pessoais manifestamente excessivos face à situação patrimonial da devedora (LRF, art. 64, IV, a), bem como se a empresa for injustificadamente descapitalizada ou ocorrerem operações prejudiciais ao seu funcionamento regular (LRF, art. 64, IV, c).[206]

Aplicando-se as hipóteses à realidade das sociedades, poder-se-ia imaginar os administradores utilizando a sociedade devedora para suportar despesas em seu benefício pessoal ou de terceiros ou ainda os conselheiros e diretores percebendo remunerações excessivamente altas para o estado de crise. Outro exemplo são as distribuições de dividendos ou lucros aos sócios incompatíveis com a crise enfrentada.[207]

O afastamento se impõe ainda se simulados ou omitidos créditos na relação de credores entregue com o pedido de recuperação (LRF, art. 51, III), sem relevante razão de direito ou amparo de decisão judicial.

---

[205] BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de recuperação de empresas e falência: lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo. 10ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 188.

[206] Caso em que uma filial do devedor recebeu aporte de R$ 850.000,00 sem que tenha sido gerada nenhuma renda posteriormente. Indícios de desvio de R$ 230.000,00 em favor dos sócios. v. TJSP; Agravo de Instrumento n. 0273116-46.2009.8.26.0000, Câmara Reservada à Falência e Recuperação Judicial, Relator Elliot Akel, j. em 04.05.2010.

[207] Discute-se, atualmente, em projeto de reforma da lei de insolvência brasileira, impor vedação à pessoa jurídica em processo de recuperação judicial ou falência distribuir lucros ou dividendos a sócios e acionistas. V. art. 6º-A, do Projeto de Lei n. 10.220/2018 em tramitação na Câmara dos Deputados.

Essas hipóteses têm em comum a diminuição das capacidades patrimoniais da sociedade por expedientes sem preocupação com o prejuízo causado aos credores e demais interessados na recuperação.[208] Os comportamentos têm por base comportamentos eticamente reprováveis, portanto.

Em diversas dessas situações, aliás, tornar-se-á possível a prévia indisponibilidade de bens dos envolvidos e devida ulterior propositura de uma ação social falimentar para apurar as responsabilidades (LRF, art. 82).[209]

Acresce registrar em outra ponta a hipótese de afastamento devido adespesas na condução da empresa injustificáveis por sua natureza ou vulto, em relação ao capital ou gênero do negócio, ao movimento das operações e a outras circunstâncias análogas (LRF, art. 64, IV, b).

Esta última hipótese engloba alguns desafios. Seu foco não recai sobre os casos de desvios éticos na administração dos bens alheios. Volta-se às situações cujas inconsistências são menos aparentes (porém, não menos nocivas).

Nesse sentido, sabe-se que os administradores de empresas em crise poderão desejar, por exemplo, arriscar mais do que o devido em certas situações.

Nos casos de endividamentos elevados e uma atual ou iminente insuficiência de recursos para a continuidade dos negócios, os administradores poderão adotar estratégias mais arriscadas do que as usuais, sendo pouco ou nada prudentes ao contraírem novas obrigações à conta da sociedade devedora.

Nesse movimento, terão por base as baixas perspectivas de reversão da crise e considerarão que eles e os sócios não sofrerão ulteriores expropriações, especialmente devido às regras de limitação de responsabilidade (comumente, as recuperandas são sociedades limitadas e sociedades anônimas)[210] e devido ao fato de que a suspensão dos efeitos dessas

---

[208]TJSP, Agravo de Instrumento n. 0175087-19.2013.8.26.0000, Relator Ramon Mateo Júnior, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. em 11.11.2015.

[209] Veja-se caso com fortes suspeitas de irregularidades na administração da companhia, com desvio milionário de bens e de valores, registrando-se caber ao Administrador Judicial perseguir a responsabilidade pelos desvios patrimoniais e a prática de atos prejudiciais à sociedade. Houve prévio decreto de indisponibilidade de bens que é provisória e poderá ser revista, cf. TJSP, Agravo de Instrumento n. 2088827-31.2015.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Relator Carlos Alberto Garbi, j. em 21.10.2015.

[210] A prática é conhecida na literatura internacional como "gambling for resurrection". v. SCHÖN, Wolfgang. Creditor protection in the closed corporation. *In*: SCHÖN e outros (coord.). Regulating the closed corporation. Berlim: de Gruyter, 2014, p. 147. EIDENMÜLLER, Horst. Trading in times of crisis: formal insolvency proceedings, workouts and the incentives for shareholders/managers. European Business Organization Law Review, n. 7, 2006, p. 243 e 250.

regras de limitação de responsabilidade demandam prova de culpa para a responsabilização dos administradores.[211]

Cumpre acrescentar os casos em que os administradores prolongam a atividade da sociedade, já em crise, na expectativa irreal de recuperação, lastreada numa ausência de consciência sobre a real extensão de suas capacidades técnicas, por excesso de otimismo relativamente à missão de dirigir o *turnaround* ou com base na patente falta de informações amplas e claras o bastante a respeito da crise.[212]

Não há dúvidas de que esses exames são mais complexos. Os administradores tradicionalmente desfrutam de liberdade. Devem agir com diligência, zelo, munidos de informações suficientes, e interessados na sociedade, mas têm amplo espaço de atuação empresarial assegurado pela conhecida *business judgement rule*.

Além disso, podem existir diferentes pontos de vista sobre o ato de administração e o seu respectivo potencial de violarregras de direito societário, direito da insolvência, ou mesmo de outros ramos do direito e outras áreas.

Sabe-se que os negócios de alto risco são comumente desejados pelos acionistas e pelos titulares dos menores créditos sem garantia subjacente. Os primeiros nada receberão na falência e contam firmemente com a recuperação para obter o retorno de seus investimentos na sociedade. Os outros têm posição pouco privilegiada e tendem a receber pouco ou também nada em caso de falência.[213]

O somatório das hipóteses acima expostasrevela que os direitos e os interesses juridicamente tuteláveis dos credores continuam sendorelevantesao direito da insolvência brasileiro a despeito do protagonismo do princípio da preservação da empresa.

O princípio da preservação da empresa expandiu a noção de direitos e interesses juridicamente tuteláveis sem colocar de lado os credores. Os objetivos foram modificados. Ao invés da satisfação deve-se buscar a proteção, nos termos da lei. A menção aos credores está no próprio *caput* do art. 47, da LRF.

Como antes explicado, por usar mais de um "chapéu", o devedor em recuperação e seus administradores precisam ser fiscalizados em suas atividades.

---

[211] Trata-se aqui especialmente da prova para a desconsideração da personalidade jurídica em relações puramente empresariais, em que aplicável o art. 50, do Código Civil. Não se pode ignorar, por outro lado, que nas diferentes esferas, a exemplo da trabalhista, os parâmetros de responsabilização são diversos, em verdade tendenciosos à proteção dos credores trabalhistas, aplicando-se a teoria menor da desconsideração, caso em que empregado por analogia o art. 28, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor.

[212]O problema é distinguido na literatura internacional como *overoptimism,* cf. LUCIANO, Alessandro M. La gestione della S.P.A nella crisi pre-concursale. Milão: Giuffrè, 2016, p. 7.

[213]LoPUCKI, Lynn M.; WHITFORD, William C. Corporate governance in the bankruptcy reorganization of large, publicly held companies. University of Pennsylvania Law Review, v. 141, n. 3, jan./1993, pp. 748 e 751.

A crise faz com que os credores sintam diretamente os reflexos dos comportamentos nocivos dos senhores da atividade empresarial, baseados em desvios éticos ou comportamentos sem observância dos deveres fiduciários. Daí a forte proteção legal.

Dessa ordem de ideias extrai-se que a recuperação judicial amplia o espaço de incidência do direito da insolvência sobre as relações privadas e este movimento, por sua vez, ocasiona a modificação da forma de governança da sociedade, para atribuir mais controles sobre os devedores e seus administradores.

Os padrões de governança desejáveis para qualquer sociedade devem continuar sendo observados (padrões da chamada "*governança corporativa*"); mas recuperação impõe controles adicionais mirando protegeroutros grupos atingidos.[214]

Em verdade, das balizas do art. 64, da LRF, de profundo conteúdo, extrai-se que os administradores não podem realizar transações desbordantes do curso ordinário em tempos de crise sem a participação dos credores no processo decisório.

Para operações capazes de ocasionar a convolação da recuperação em falência, os credores devem avaliar, antes, se desejam correr o risco; a preservação dos ativos restantes será primordial em caso de falência (LRF, art. 75).

Se verificada urgência no negócio pretendido, impõe-se a autorização ao juízo da recuperação, o qual decidirá, ouvidos os credores (à semelhança, pois, dos casos de alienação ou oneração de bens do ativo não circulante).[215]

Acrescenta-se por fim que o afastamento do administrador da empresa ocorrerá igualmente por negativa injustificada de prestar as informações solicitadas pelo administrador judicial ou pelos membros do comitê de credores (LRF, art. 64, V). A regra revela o relevante poder de fiscalização do comitê de credores.

O desatendimento de solicitações individuais dos credores não enseja consequências tão gravosas quanto essa. No máximo, o devedor terá perdido a oportunidade de conquistar o voto de um credor ou de um grupo deles.

---

[214]BAKER, D. J. (Jan); BUTLER Jr., John Wm. (Jack); MCDERMOTT, Mark A. Corporate governance of troubled companies and the role of restructuring counsel, The Business Lawyer, American Bar Association, v. 63, n. 3, mai./2008, p.859.

[215] No direito da insolvência dos Estados Unidos da América, a decisão sobre negócios que excepcionam o curso ordinário é dos credores, conforme expõe TABB, Charles Jordan. The Law of bankruptcy. 2ª ed. Nova York: Foundation Press, 2009, p. 1055.

8. OS SÓCIOS DAS SOCIEDADES EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A sociedade em meio à recuperação judicial conta com marcas distintas também nas relações entre os seus sócios.

As assembleias de sócios continuarão ocorrendo normalmente na recuperação, mas algumas matérias não poderão ser objeto de deliberação por serem incompatíveis com certas disposições do direito da insolvência.

As deliberações voltadas à substituição dos administradores (LSA, art. 122, II) encontram barreira no preceito geral do art. 64, da LRF, de manter o devedor ou seus administradores na condução da atividade empresarial, sob fiscalização.

Nesse contexto, o afastamento ou a substituição serão permitidas de acordo com as hipóteses excepcionais dos incisos do art. 64 da LRF.[216][217]

Além disso, as deliberações no sentido de estabelecer negócios que desbordem do curso normal das operações do devedor não poderão ser cumpridas pelos administradores tendo em vista regras como a restrição de alienação ou oneração de bens do ativo não circulante, antes tratada, assim como as balizas de administração do art. 64, estreitando o perfil de negócios passíveis de celebração (LRF, art. 64, IV, "b" e "c").

Essas questões também influenciam, naturalmente, o exercício do controle. O controlador terá de se curvar às regras cogentes do direito da insolvência, que influenciarão em assembleia e fora dela asescolhas de negócio,[218] a política de manutenção dos administradores na condução da atividade empresarial, assim como o próprio direcionamento dos órgãos sociais nas tarefas do dia a dia.

Outra marca imposta aos sócios da devedora é que não votarão em assembleia geral de credores na recuperação judicial[219] independentemente da matéria. Seu crédito, portanto, não comporá os quóruns de instalação e votação.

---

[216] TJMT, Agravo de Instrumento n. 42472/2010, Relatora Maria Helena Gargaglione Póvoas, Segunda Câmara de Direito Privado, j. em 06.10.2010.

[217] Nos Estados Unidos da América, não existe proibição legal dos sócios elegerem administradores no processo de reorganização; contudo a deliberação poderá ser objeto de controle judicial caso haja alegação de abusos. v. LoPUCKI, Lynn M.; WHITFORD, William C. Corporate governance in the bankruptcy reorganization of large, publicly held companies. University of Pennsylvania Law Review v. 141, n. 3, jan./1993, p. 695.

[218]PIVA, Fernanda Neves; SETOGUTI, Guilherme. Recuperação judicial e direito societário: impactos na governança corporativa das companhias. In: FRAZÃO, Ana; ROSSETTI, Maristela Abla (Coord.); PITTA, AndreGrunspun. Governança corporativa – avanços e retrocessos. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 388.

[219] Igualmente não votarão em assembleia geral os credores que sejam (i) sociedades coligadas, (ii) controladoras, (iii) controladas ou (iv) as com sócio ou acionista com participação superior a dez por cento do capital social da sociedade devedora ou (v) em que a devedora ou algum de seus sócios detenham participação superior a dez por cento do capital social; além desses sujeitos, não votarão (vi) o cônjuge ou (vii) parente, (viii) consangüíneo ou (ix) afim, (ix) colateral até o segundo grau, (x) ascendente do devedor ou (xi) descendente do devedor, de

A regra objetiva evitar a sobreposição ou a confusão entre os interesses da sociedade devedora e dos sujeitos que estão por detrás dela.

A propósito, não se pode deixar de dizer que tal regra, embora concebido com salutar propósito, ocasiona efeitos colaterais que merecem reflexão. Ela é discutível a começar sob o viés de proteção dos não-controladores,[220] porque retira a força destes últimos mesmo em tempos de crise, no qual, como se sabe, as fórmulas de poder se movimentam para proteger um maior número de interessados. Os não controladores não influenciam o negócio, que é seu também, nem por dentro, nem por fora da sociedade. As decisões do controlador permanecem sendo, em suma, decisões da recuperanda, dentro e fora do processo de recuperação.

O desincentivo para os sócios financiarem a empresa e o estímulo à permanência da figura do sócio oculto travestido de credor da recuperanda[221] também são problemas decorrentes do art. 43 da LRF.

Aos sócios credores sobra, no entanto, o direito de participação e voz nas assembleias (LRF, art. 43, *caput*).[222]

Suas manifestações poderão ser registradas em ata ou, se trazidas por escrito, poderão ser anexadas à ata.

Por fim, os sócios e outros sujeitos potencialmente conflitados também não poderão participar do comitê de credores (LRF, art. 30,*caput*, e § 1º).[223]

---

administrador, do sócio controlador, de membro dos conselhos consultivo, fiscal ou semelhantes da sociedade devedora e à sociedade em que quaisquer dessas pessoas exerçam essas funções (LRF, art. 43, *caput* e parágrafo único).

[220]CEREZETTI, Sheila Christina Neder. Recuperação judicial de sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na lei de recuperação e falência. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 223.

[221]O sócio oculto, a propósito, sofre as mesmas restrições impostas aos demais sócios cuja participação na sociedade está formalizada no instrumento contratual de sociedade ou no livro de ações. v. AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas. 3ª ed. Rio de Janeiro: GEN, 2017, p. 291, com referência ao julgado do TJSP, Agravo de Instrumento n. 553.932-4/6-00, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Relator Boris Kauffmann, j. em 24.09.2008.

[222]CEREZETTI, Sheila Christina Neder. Recuperação judicial de sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na lei de recuperação e falência. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 217.

[223] O art. 30 da LRF prevê o impedimento para integrar o comitê de credores de (i) quem, nos últimos 5 (cinco) anos, no exercício do cargo de administrador judicial ou de membro do Comitê em falência ou recuperação judicial anterior, foi destituído, deixou de prestar contas dentro dos prazos legais ou teve a prestação de contas desaprovada; (ii) quem tiver relação de parentesco ou (ii) afinidade, até o terceiro grau, com o devedor, seus administradores, controladores ou representantes legais ou (iv) deles for amigo, (v) inimigo ou (vi) dependente.

CONCLUSÃO

A crise desencadeia diferentes desafios à governança de uma sociedade. Somam-se problemas econômicos, financeiros, administrativos e jurídicos, que devem ser enfrentados concomitantemente.

Quando atingida a situação de crise, não bastará aos administradores e aos sócios respeitarem as regras de direito societário e contratual para a proteção da sociedade, dos credores e outros *stakeholders*.

Fatores de ordem pública subjacentes ao direito da insolvência, concentrados na fórmula do princípio da preservação da empresa (LRF, art. 47), levarão à exigência de se somar uma camada normativa cogente adicional aos tecidos normativos tradicionalmente destinados aos controladores e administradores, fato esse cujo efeito prático consiste no surgimento de padrões de governança especialmente voltados para as sociedades em recuperação judicial.

REFERÊNCIAS

ANGELICI, Carlo. **Dirittocommerciale**. v. 1. 4ª ed. Segrate: Laterza, 2008.

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. 3ª ed. Rio de Janeiro: GEN, 2017.

BAKER, D. J. (Jan); BUTLER Jr., John Wm. (Jack); MCDERMOTT, Mark A. Corporate governance of troubled companies and the role of restructuring counsel, The Business Lawyer, American Bar Association, v. 63, n. 3, mai./2008.

BARUFALDI, W. Alexandre D. E. **Recuperação Judicial**: estrutura e aplicação de seus princípios. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

BERNSTEIN, Donald S. Toward a new corporatere organization paradigm. Journal of Apllied Corporate Finance, v. 19, n. 4, 2007.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência**: lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo. 10ª ed. São Paulo: RT, 2014.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Procedimento da recuperação judicial** – exame dos dispositivos dos arts. 55 a 69. In: CARVALHOSA, Modesto (coord.). Tratado de Direito Empresarial. v. 5. São Paulo: RT, 2016.

BRUSCHINELLI, Gabriel S. K. Abuso do direito de voto na assembleia geral de credores. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BULGARELLI, Waldirio. O novo direito empresarial. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CAMPINHO, Sérgio. Curso de direito comercial: falência e recuperação de empresa. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CEREZETTI, Sheila Christina Neder. Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre direitos societário, processual e concursal. *In*: YARSHELL, Flávio; SETOGUTI, Guilherme (coord.). Processo Societário II. São Paulo: QuartierLatin, 2016.

CEREZETTI, Sheila Christina Neder. Recuperação judicial de sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na lei de recuperação e falência. São Paulo: Malheiros, 2012.

CLARK, Robert Charles. Corporate law. Nova York: Aspen, 1986.

COMPARATO, Fábio Konder. Aspectos Jurídicos da Macroempresa. São Paulo: RT, 1970.

CUNHA, Paulo Olavo. Os deveres dos gestores e dos sócios no contexto da revitalização de sociedades. *In:* SERRA, Catarina. II Congresso de Direito de Insolvência (coord.). Coimbra: Almedina, 2014.

DAILY, Catherine M. Governance patterns in bankruptcy reorganizations. Strategic management journal, v. 17, n. 5, mai./1996.

EIDENMÜLLER, Horst. Comparative corporate insolvency law. European Corporate Governance Institute (ECGI), Law Working Paper n. 319/2016, Oxford Legal Studies, Research Paper n. 30/2017, jun./2016. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2799863>, acesso em 17.08.2018.

EIDENMÜLLER, Horst. Trading in times of crisis: formal insolvency proceedings, workouts and the incentives for shareholders/managers. European Business Organization Law Review, n. 7, 2006.

FAVARIO, Thierry. De l'attractivité du droit des entreprises en difficulté, Paris, Revue des procédures collectives, n. 4, jul./ 2009.

FERRI Jr., Giuseppe. Soci i creditorinellastruturafinanziariadellasocietà in crisi. In: TOMBARI, Umberto (coord.). Dirittosocietario e crisi d'impresa. Turim: Giappichelli, 2014.

LANCELOTTI, Renata Weingrill. Governança corporativa na recuperação judicial: lei 11.101/2005. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

LOBO, Jorge. Direito da Empresa em Crise: A nova lei de Recuperação da Empresa. Revista da EMERJ, v. 9, n. 34, 2006.

LoPUCKI, Lynn M.; WHITFORD, William C. Corporate governance in the bankruptcy reorganization of large, publicly held companies. University of Pennsylvania Law Review. University of Pennsylvania Law Review, v. 141, n. 3, jan./1993.

LUCAS, François-Xavier. Manuel de droit de la faillite. 2ª ed. Paris :Puf, 2018.

LUCIANO, Alessandro M. La gestionedella S.P.A nellacrisipre-concursale. Milão: Giuffrè, 2016.

MACHADO, José Manuel Gonçalves. O dever de renegociar no âmbito pré-insolvencial: estudo comparativo sobre os principais mecanismos de recuperação de empresas. Coimbra: Almedina, 2017.

MACHADO, Nelson Marcondes. Direito societário e a nova lei de falências e recuperação de empresas. *In:* CASTRO, Rodrigo R. Monteiro e ARAGÃO, Leandro Santos (coord.). Direito societário e a nova lei de falências e recuperação. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MERKT, Hanno. Creditor protection through mandatory disclosure. European Business Organization Law Review, n. 1, mar./2006.

MILLER, Harvey R. Corporate governance in Chapter 11: the fiduciary relationship between directors and stockholders of solvent and insolvent corporations, Seton Hall Law Review, n. 23, 1993.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Comentários ao art. 66 da LRF. In: SATIRO e PITOMBO (coord.) Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007.

NORBERG, Scott F. Debtor Incentives, Agency Costs And Voting Theory in Chapter 11.Kansas Law Review, v. 46, n. 507, 1998.

PERIN JÚNIOR, Écio. A dimensão social da preservação da empresa no contexto da nova legislação falimentar brasileira (lei 11.101/2005): uma abordagem zetética. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, v. 142, n. 45, abr./jun. 2006.

PIVA, Fernanda Neves; SETOGUTI, Guilherme. Recuperação judicial e direito societário: impactos na governança corporativa das companhias. In: FRAZÃO, Ana; ROSSETTI, Maristela Abla (coord.); e PITTA, AndreGrunspun. Governança corporativa – avanços e retrocessos. São Paulo: QuartierLatin, 2017.

SAINT-ALARY-HOUIN, Corinne. Droit des Entreprises en Difficulté. 10ª ed. Paris: LGDJ, 2016.

SATIRO, Francisco. A autonomia dos credores no plano de recuperação judicial. *In:*CASTRO, Rodrigo R. M. e outros (coord.). Direito empresarial e outros estudos de direito em homenagem ao Professor José Alexandre Taveres Guerreiro. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. Recuperação de empresas e falência. São Paulo: Almedina, 2016.

SCHMIDT, Karsten. Grounds for Insovency and Liability for Dealys in Filing for Insolvency Proceedings. In: LUTTER, Marcus (org.). Legal Capital in Europe. Berlin: De Gruyter, 2006.

SCHÖN, Wolfgang. Creditor protection in the closed corporation. *In*: SCHÖN e outros (coord.). Regulatingtheclosedcorporation. Berlim: de Gruyter, 2014.

STANGHELLINI, Lorenzo. Caso Alitalia e procedure concursali. Bolonha, AnalisiGiuridicadell'Economia, v. 2, 2010.

TABB, Charles Jordan. The law of bankruptcy. 2ª ed. Nova York: Foundation Press, 2009.

WARREN, Elizabeth. Bankruptcy policymaking in an imperfect world. Michigan Law Review, v. 92, n.2, nov./ 1993.

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E APURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PESSOAL DOS SÓCIOS, CONTROLADORES E ADMINISTRADORES/CONSELHEIROS NA LEI 11.101/2005

Juliana Della Valle Biolchi[224]

Resumo: O tema da pesquisa é a desconsideração da personalidade jurídica e responsabilização dos empreendedores e gestores da empresa em crise. Procura-se entender os diversos tipos societários existentes no Brasil, com ênfase para os que outorgam responsabilidade limitada a seus sócios. Além disso, analisa-se os deveres jurídicos e o peso de suas violações na sanção que pode ser aplicada aos que lhes dão causa. Busca-se compreender a desconsideração da personalidade jurídica no contexto da crise empresarial. Com utilização do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, conclui-se que a crise não é motivo para tratamento diferenciado quando se busca apurar as causas gerais que antecedem à desconsideração (desvio de finalidade e confusão patrimonial). Ou seja, embora haja exigência de maior transparência nestes casos, não há mudanças substanciais no que pertine a desconsideração, que deve ser apurada judicialmente, em ação ordinária, com observância do devido processo legal.

Palavras-chave*:* Responsabilidade limitada de sócios e administradores. Violação de deveres e crise empresarial. Desconsideração da personalidade jurídica.

Abstract: The research topic is the disregard of legal entity and accountability of the entrepreneurs and managers of the company in crisis. It seeks to understand the various corporate legal types existing in Brazil, with emphasis on those who grant limited liability to its members. In addition, it analyzes the legal duties and the weight of their violations in the sanction that can be applied to those who cause them. It seeks to understand the disregard of the legal entity in the context of the business crisis. With the use of the deductive method and the bibliographical and jurisprudential research, it is concluded that the crisis can not be a reason for differential treatment when the general causes that precede the disregard are investigated. Although there is a demand for greater transparency in these cases, there are no substantial changes in what was inconsiderable, which must be assessed judicially, in ordinary action, in compliance with due process of law.

Keywords: Limited liability of partners and managers. Violation of duties and business crisis. Disregard of legal entity.

Sumário: 1. Introdução. 2. O princípio da separação patrimonial e a existência autônoma sociedade empresarial. 3. Responsabilização e violação de deveres: a ilicitude como requisito para a sanção dos sócios e dos administradores. 4. Desconsideração da personalidade jurídica e criminalização do devedor em crise. 5. Conclusão. 6. Referências.

---

[224] [224] Advogada. Graduada em Direito (UPF). Especialista em Direito Público (ULBRA). Especialista em Direito Tributário (UFRGS). Mestre em direito das Relações Sociais (UFPR). Mestre em Direitos Humanos e Desenvolvimento (UPO).

1. INTRODUÇÃO

O direito de recuperação de empresas e seu principal instrumento, a Lei 11.101/2005, (Lei de Recuperação de Empresas - LRE), em razão da profunda crise econômica enfrentada pelo Brasil nos últimos anos, assumiu destaque no cenário jurídico. Cresce a aplicação dos instrumentos, com destaque para a Recuperação Judicial (RJ), e ganha complexidade e sofisticação o rol das múltiplas estratégias de superação de dificuldades empresariais.

No mesmo sentido, caminha o controle da atuação empresarial. Lança-se olhar cada vez mais crítico para o agir do empreendedor, seja ele empresário individual, titular de empresa individual de responsabilidade limitada, sócio ou acionista, em especial os controladores. Incluem-se, ainda, as pessoas à frente dos empreendimentos, os gestores, que participam ou encabeçam o processo decisório nas pessoas jurídicas, tais como conselheiros ou administradores.

A legislação societária, seja a Lei das S/A (Lei 6404/1976), seja o Código Civil Brasileiro (Lei 10.406/2002), fornece limites à atuação dessas pessoas (na forma de deveres) e punições para o desborde dessas fronteiras (penalidades). Quando a empresa enfrenta dificuldades e lança mão dos instrumentos da LRE, condutas são positivadas como delitos, e um novo rol de deveres é adicionado àqueles próprios da normalidade, por conta da ampliação nos níveis de transparência da gestão empresarial e, obviamente, dos meios e oportunidades de controle.

Uma das mais graves consequências patrimoniais que a lei pode prever, foco desta pesquisa, é a desconsideração da personalidade jurídica e o redirecionamento das obrigações ao patrimônio dos empreendedores e gestores. A Lei 13.105/2015, Código de Processo Civil (CPC), introduziu o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, com o objetivo de criar o meio processual adequado para aferir e quantificar a responsabilidade de administradores ou sócios, quando há malversação da empresa. As oportunidades em que pode haver desconsideração quando são utilizados os instrumentos para superação da crise empresarial compõem o foco do estudo ora em desenvolvimento.

Este é um trabalho sobre os limites da responsabilidade dos empreendedores e gestores em relação às obrigações da sociedade em crise. Dispõe-se a investigar o seguinte problema: a crise empresarial amplia as possibilidades de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica? Parte-se da hipótese de que a crise é um gatilho para a criminalização do devedor e da empresa, que em nada contribui para a concretização do princípio da preservação, mas que as

situações de desconsideração são as mesmas daquelas reservadas aos negócios que gozam de saúde econômico-financeira. A pesquisa se desenvolve com aplicação do método dedutivo, partindo de premissas gerais que podem ser aplicadas aos casos concretos (MARCONI; LAKATOS, 2002), e da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

O objetivo geral é compreender a desconsideração da personalidade jurídica no contexto da crise empresarial. Para tanto, na primeira seção, analisa-se a separação patrimonial e a existência autônoma da sociedade, com pilares da construção do direito societário. Em seguida, propõe-se uma abordagem da desconsideração da personalidade jurídica da empresa em crise dissociada da concepção, que impregna o senso comum, de criminalização do devedor que enfrenta dificuldades. Ao final, algumas conclusões são lançadas a partir do caminho percorrido, com vistas a responder ao problema proposto, cotejando-o com a hipótese pesquisada.

2. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO PATRIMONIAL E A EXISTÊNCIA AUTÔNOMA SOCIEDADE EMPRESARIAL

A pessoa jurídica possui sua própria biografia e, por inspiração no caminho percorrido pela pessoa física, nasce, vive e morre. Forma, portanto, um patrimônio apartado daqueles que a constituem. As escolhas prévias (espécie societária) e a dinâmica da relação sócios-sociedade (regularidade ou irregularidade) determinam o grau de separação patrimonial e eventuais responsabilizações. Deveres jurídicos e suas violações são aspectos importantes na condução da vida societária e da afirmação das regras gerais ou das exceções legais e somente se chega a eles depois de compreendidas as posições e relações entre empreendedores, gestores e sociedade.

Quando o particular se dedica à atividade econômica, por si ou em concurso com outras pessoas, estrutura e organiza seu agir no que se convencionou chamar de empresa. Esta é um acontecimento econômico que se incorpora ao discurso jurídico de forma multifacetada, constituindo-se, portanto, em um fenômeno poliédrico, assim designado porque tem a propriedade de mudar seu sentido à medida em que se pretende designar o agente, a atividade, o estabelecimento, ou, ainda, a instituição – suas dimensões. Esta é a conhecida visão asquiniana, que delimita em quatro os perfis da empresa: subjetivo, funcional, patrimonial e corporativo (ASQUINI, 1996).

Para este estudo, já que se pretende discutir as reações entre as múltiplas pessoas envolvidas, tem peculiar peso o aspecto subjetivo, recaindo atenção especial àquele que se

dedica ao agir econômico. Sob o viés do empreendedor (agente), a dogmática jurídica brasileira reserva as estruturas presentes no Código Civil Brasileiro, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (CCB/02) e em legislação específica.[225]

Podem ser classificadas conforme a existência (ou não) de pluralidade de vontades, o que coloca, de um lado os agentes singulares, o empresário individual e a empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI); e, de outro, os coletivos, as sociedades simples e sociedades empresárias.

Quando a atividade econômica desenvolvida na forma coletiva ou a ela equiparada (EIRELI), constitui-se a pessoa jurídica, cuja existência começa com a inscrição dos atos constitutivos no respectivo registro (art. 45, CCB/02), com vida autônoma e separada em relação às pessoas (físicas ou jurídicas) que a constituíram, reconhecimento resultante de diversos anos de desenvolvimento da doutrina do direito privado, em cujos meandros não se pretende imergir.

Existem diversas espécies de pessoa jurídica de direito privado, sendo que ao estudo desenvolvido interessam apenas aquelas situações nas quais a lei outorga responsabilidade limitada, protegendo o patrimônio do titular ou do sócio (quotista ou acionista), que ora se designam genericamente como empreendedor. Este trabalho não se debruça, então, sobre a situação do empresário individual[226] ou das sociedades sem limitação de responsabilidade[227]. Em síntese: a questão da desconsideração da personalidade jurídica tem sentido apenas para empreendedores que gozam de responsabilidade limitada[228].

Importa apontar: as sociedades empresárias são aquelas que ingressam no chamado regime jurídico empresarial. Este se constitui no conjunto de normas de proteção legal (como as regras sobre a locação mercantil, concorrência, a recuperação, etc.); de ônus e obrigações diferenciados (como as exigências de registros, publicidade, livros e escrituração); e, de responsabilidade específica (falência, liquidação extrajudicial coacta, fusão, incorporação, cisão, repressão ao abuso do poder econômico, proteção ao consumidos e à comunidade, etc.). (BULGARELLI, 2000, p. 16). Pode-se acrescentar às especificidades desse regime os deveres jurídicos que lhe são próprios e que se distinguem conforme a posição de empreendedor ou gestor.

---

[225] As sociedades anônimas e as sociedades em comandita por ações são reguladas pela Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (LSA). As cooperativas também têm regulação específica, na Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971. Ainda assim, são mencionadas nos artigos do CCB/02, no Livro de Empresa.

[226] Não há falar em desconsideração da personalidade jurídica quando esta não se completa, como no caso do empresário individual. Desta forma, o tema abrange apenas as pessoas coletivas.

[227] Tipos societários menores, tais como sociedade em nome coletivo, e as de comandita simples e por ações.

[228] Sociedade de responsabilidade limitada, EIRELI e sociedades anônimas.

Vigil Neto (2008, p. 64) esclarece que o art. 966, CC/02, traz os três pressupostos para o reconhecimento do ente empresarial: finalidade econômica; atividade de produção e intermediação de bens ou de prestação de serviços; e organização empresarial, os quais, presentes, permitem o ingresso no regime mencionado. Ou seja, no momento "[...] em que o ente econômico cumpre esses três pressupostos torna-se empresa, como se tivesse sido capturado pela teia normativa do Direito Econômico-Empresarial e, com isso, submete a sua atividade econômica ao regramento dado pelo Direito empresarial e leis orbitais [...]". (VIGIL NETO, 2008, p. 65).

Satisfeitos tais requisitos, a pessoa jurídica empresarial está formada, plenamente apta a submeter-se ao que o direito lhe reserva. A partir daí, impor-se-á um sistema próprio de obrigações e deveres cuja observância é vital para a própria preservação da atividade econômica. O cumprimento de normas (em sentido amplo, podendo ser jurídicas, sociais ou econômicas) fornece as bases da confiança, sem a qual há um enfraquecimento das relações econômicas (SANTOS, 2015)[229]. Quem escapa a este sistema de controle estará atuando à margem, no campo da informalidade, clandestinidade e sonegação fiscal (COELHO, 2007, p. 66). Merece sanção jurídica.

Está claro que se, de um lado o regime traz tratamento especial, mediante prerrogativas que se convertem, em alguns momentos, em direitos, impõe, em contrapartida, obrigações e deveres jurídicos que são próprios de quem opta pela atuação econômica. É condição de desenvolvimento da atividade econômica (produção ou intermediação de bens ou prestação de serviços) que os atores observem as regras de funcionamento da economia e que desenvolvam os comportamentos que lhes são esperados. Não se trata de mera consequência, mas fundamento do próprio mercado (PAULSEN, 2014c, p. 26)[230].

É relevante deitar atenção ao conceito de responsabilidade por obrigações, que delimita escolhas empresariais. Seu conteúdo é um direito de crédito inadimplido e a possibilidade de alguém suportá-lo, com seu patrimônio, mesmo que eventualmente não se tenha dele

---

[229] Neste sentido, é uma tendência das corporações hoje investir em práticas *compliance*, como diferencial competitivo. O termo designa o cumprimento de regras, o agir de acordo com a norma. Dados dão conta de que para dólar investido em *compliance*, cinco são economizados com a mitigação de processos, danos à imagem da empresa e perda de produtividade. Cumprir regras gera confiança e o que se tem visto são empresas fazendo a gestão da observância das normas, tamanha sua importância da confiança para o mercado, como explica Santos (2015).

[230] A confiança é tão importante para a economia que explica a origem e desenvolvimento dos próprios mecanismos jurídicos e econômicos que existem hoje, permeando a normalização das atividades econômicas desde antes da positivação do direito moderno. Analisar com mais vagar este assunto escapa ao escopo da pesquisa, mas vale apontar, como exemplo, a existência e o desenvolvimento dos títulos de crédito. Sua origem histórica remonta a mecanismos antigos de ordem de pagamento, baseados na confiança entre tomadores e emissores, como as letras de câmbio, com raízes nos povos romanos, aprimoradas na idade média (BERTOLDI; RIBEIRO, 2003, p. 47).

beneficiado diretamente (PAULSEN, 2014b, p. 54). É, em palavras simples, a resposta à indagação de quem pagará pelas dívidas inadimplidas. Dívida e responsabilidade são os dois lados de uma mesma moeda. A responsabilidade é a consequência do descumprimento do dever; é a possibilidade de exigir que integra uma obrigação ou um dever jurídico, e destes não se desvincula ou é autônoma (PAULSEN, 2014b, p. 47-49). Dever e obrigação estão em relação de gênero e espécie.

As obrigações se estruturam como vínculo jurídico que determina ao sujeito passivo (devedor) um ônus em favor do sujeito ativo (credor), por conta de uma determinada causa. Nas sociedades nas quais vige o regime da responsabilidade limitada, os empreendedores não estão vinculados, com seus bens particulares, ao pagamento de dívidas da empresa. É o que preceitua o art. 1.052, CCB/02, para as sociedades de responsabilidade limitada. O mesmo ocorre na sociedade anônima, na sociedade simples quando opta pela limitação de responsabilidade e na EIRELI.

Logo, a eleição de determinado tipo é intencional e a ampla adesão às sociedades de responsabilidade é facilmente compreensível[231]: a segurança e a previsibilidade em relação às obrigações sociais. Quando decidem atuar na forma coletiva, a experiência mostra que os empreendedores optam pela sociedade limitada. É o cálculo de risco, próprio da atividade econômica, e que muitas vezes motiva (ou deveria) um grupo ou pessoa e empreender. Foi para alcançar o mesmo tipo de possibilidade ao empreendedor individual, inclusive, que se criou a EIRELI.

De outro lado, assim como podem escolher estar em sociedade, aos sócios é dado extinguir a pessoa jurídica, pois o direito lhes reserva a possibilidade de encerramento do vínculo que os conectou. Novamente, a biografia da pessoa jurídica busca referências na pessoa natural, e sua extinção equivale à morte. Como tal, não se trata de um processo simples. Passa por encadeamento de etapas que envolvem, em precedência, a dissolução do liame e a liquidação das obrigações[232]. Ou seja, como destaca Coelho (2007, p. 452):

---

[231] Verifica-se que, em 14 de novembro de 2014, no Brasil, existiam 6.658.774 empresas dedicadas à atividade econômica (sem distinguir atividade intelectual de empresária), das quais 98,61% eram de responsabilidade limitada. "Empresômetro: perfil empresarial brasileiro" (IBPT, 2014).

[232] Interessante notar a precisão terminológica da qual lança mão Coelho (2007, p. 452), que diferencia dissolução-ato de dissolução-procedimento: "Dissolução é um conceito ambíguo, no direito societário. Em sentido amplo, significa o procedimento de terminação da personalidade jurídica da sociedade empresária, isto é, o conjunto de atos necessários à sua eliminação, como sujeito de direito. A partir da dissolução, compreendida nesse primeiro sentido, a sociedade empresária não mais titulariza direitos, nem é devedora de prestação. Em sentido estrito, a dissolução se refere ao ato, judicial ou extrajudicial, que desencadeia o procedimento de extinção da pessoa jurídica". No presente trabalho, o conceito não merece tamanho aprofundamento, porque não é o foco principal da pesquisa.

> A dissolução, entendida como procedimento de terminação da personalidade jurídica da sociedade empresária, abrange três fases: a dissolução (ato ou fato desencadeante), a liquidação (solução das pendências obrigacionais da sociedade) e a partilha (repartição do acervo entre os sócios).

A dissolução social dá início ao "período agônico" (REQUIÃO, 2003, p. 317) e pode ocorrer em umas das situações previstas na legislação, atendendo a dois regimes distintos: o primeiro previsto na Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, Lei de Sociedades Anônimas (LSA), ao qual se submetem as espécies societárias disciplinadas nesta lei; o segundo, no CCB/02, aplicável às demais. Em ambos, estão previstas as situações de dissolução de pleno direito e judicial. Algumas delas contemplam a vontade dos sócios em desconstituir a sociedade, outras ocorrem inobstante seu desejo.

Frise-se que, coerente com a ideia de conjunto de normas empresariais, Coelho (2007, p. 452) identifica que não há diferenças substanciais entre os dois. A dissolução de pleno direito é a espécie que dispensa, a princípio, a intervenção judicial, porque automaticamente se configura diante dos gatilhos legalmente estabelecidos. Contudo, desde que, concordes os sócios, a liquidação tenha início. Caso contrário, para dissolver a sociedade é necessário recorrer à segunda espécie, de natureza contenciosa (REQUIÃO, 2003, p. 318)[233].

Em qualquer das situações, o efeito da dissolução (sempre total)[234] é o encerramento de novas atividades, conservando-se a personalidade jurídica unicamente para a liquidação social (art. 207, LSA) e se passa à fase de liquidação (art. 1.035, CCB/02 e 208, LSA).

> Consumada a dissolução pela ocorrência de uma de suas causas, a sociedade deve cessar o exercício de suas atividades e dar início aos atos que irão conduzi-la ao fechamento de suas portas. Em suma, ela entra em estado de liquidação – o que implica adotar um regime jurídico peculiar, que determina a mudança do objeto social: a sociedade deixa de perseguir aquele que justificou sua constituição para se voltar àqueles que a levarão à extinção (GONÇALVES NETO, 2010, p. 287).

A liquidação pode ser extrajudicial ou judicial, sendo esta direta ou indireta. Há, outrossim, a liquidação na falência decretada a pedido do credor (art. 94, Lei 11.101/2005) ou

---

[233] No CCB/02, é interessante notar que a falência não está relacionada como causa de dissolução da sociedade simples (arts. 1.033 e 1.034), mas, sim, na seção que regula as sociedades empresárias, no art. 1.044. Esta omissão se deve ao fato de que as sociedades simples não ingressam no regime jurídico empresarial, do qual a falência é uma das notas de especificidade, como dito alhures. Revela, ainda, o aspecto de o CCB/02 classifica a falência como causa de dissolução de pleno direito, ignorando a existência de sentença declaratória de falência, o que poderia por em discussão se não se trata de uma dissolução judicial, que não é pertinente para esta pesquisa.

[234] Até a vigência do CC/02, regramento para a saída de um dos sócios, e continuidade da sociedade pelos demais. Criou-se, em torno desta anomia, uma doutrina da dissolução parcial da sociedade, que englobava as hipóteses de desvinculação individual de um dos sócios (REQUIÃO, 2003, p. 324). Entretanto, a lei unificada se dedicou a disciplinar a resolução da sociedade em relação aos sócios, com continuação da personalidade jurídica, o que dissipou a antiga terminologia. Este assunto em nada se comunica com o objeto da pesquisa.

pela confissão do devedor (art. 105, da Lei 11.101/2005). Não cabe discutir meandros dessas situações, por limitação do objeto, mas apenas evidenciar que estão conectadas a existência de crise empresarial e, portanto, convergem para o tema pesquisado, conforme adiante retomado. Este é um mecanismo, enfim, que permite a solução do passivo sem desembolso que desborde as fronteiras da limitação de responsabilidade.

Não sendo detectadas anomalias na condução dos negócios, mediante fraude que levaria à desconsideração da personalidade jurídica, tema para a próxima seção, a sociedade se extingue. Em que pese as enormes simplificações e as muitas opções que deliberadamente são feitas neste tópico, importa notar que a lei reserva mecanismos aos empreendedores e gestores para que se resguardem e não transformem o simples inadimplemento em ilicitude.

Tudo o que foi dito permite asseverar que o dever de pagar é da sociedade, e não dos empreendedores ou gestores. As consequências por sua violação de obrigações são cingidas apenas àquelas. A responsabilidade civil dos empreendedores (ou responsabilidade societária), nas sociedades limitadas, cinge-se ao patrimônio vertido no negócio. Isto porque estar no regime jurídico empresarial significa ter a garantia de que a pessoa jurídica não se confunde com as vontades que a conformaram, especialmente sob o aspecto patrimonial. Esta é a normalidade e assim se desenvolve na grande maioria dos casos. Das exceções este trabalho se ocupará oportunamente.

3. RESPONSABILIZAÇÃO E VIOLAÇÃO DE DEVERES: A ILICITUDE COMO REQUISITO PARA A SANÇÃO DOS SÓCIOS E DOS ADMINISTRADORES

Até aqui, tratou-se do princípio da separação patrimonial que, nas sociedades de responsabilidade limitada, permite calcular o risco de empreender. Analisou-se, rapidamente, a regra geral, o tratamento legal dado a quem está conforme o direito. Quando se opta pela estrutura jurídica adequada e se respeita os comportamentos que emanam, explicita ou implicitamente, do ordenamento, a lei protege e consagra o princípio da autonomia patrimonial. Em outras palavras, as normas de proteção do regime jurídico empresarial são franqueadas a quem cumpre, entre outros aspectos, os deveres jurídicos que o integram.

Porém, outra realidade se descortina para quem viola preceitos, descumpre deveres e, com isso, dá margem à ilicitude. Vêm a campo as exceções, com consequências patrimoniais que também são contidas e devem ser vistas como cláusulas fechadas, excepcionais que são. Para compreender tais engrenagens, é importante traçar, primeiramente, a noção geral de

dever jurídico. Segundo Grau (2015)[235], trata-se de uma imposição que incide sobre a vontade, cujo desrespeito se configura em comportamento ilícito. Dever jurídico e obrigação estão em relação de gênero e espécie. A obrigação é classe de dever jurídico, que se destaca por ter conteúdo econômico. Ao mesmo tempo, obrigações geram deveres, tal como ocorre no dever geral de adimplemento, considerado primário, porque deriva da própria obrigação (Lobo, 2015). Geram, também, deveres secundários, a exemplo da colaboração com a arrecadação tributária (PAULSEN, 2014b, p. 54).

Os deveres jurídicos ofertam fronteira ao agir humano e podem emanar do próprio texto constitucional, como deveres fundamentais. Não estão cingidos a representar apenas o outro lado da moeda dos direitos fundamentais, mas são, especialmente, uma categoria autônoma. Vige, como explica Canotilho (1997, p. 479), o princípio da assimetria entre direitos e deveres fundamentais (deveres autônomos), o que não exclui vínculos entre as duas categorias (deveres conexos).

Houve, desde o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais e de sua positivação nos textos constitucionais, nos países democráticos, um compromisso maior em relacionar direitos do que deveres, num movimento que pode ser considerado reativo aos regimes totalitários. É por isso que não há um rol deliberado, mas sim são incidentais, como explica Miranda (1993, p. 161). Na CF/88 o descompasso está evidente: o art. 5º não relaciona deveres, apenas direitos (ainda que anuncie o contrário no Capítulo I, em que está inserido, que trata de "Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos")[236]. Esta ausência, como ressalta Paulsen (2014c, p. 18), impõe:

> [...] reconhecer a imprescindibilidade de nos dedicarmos a construir uma teoria e a uma dogmática dos deveres fundamentais, de modo a podermos trabalhar a ideia de cidadania como uma via de mão dupla, que envolve direitos e obrigações. (Paulsen, 2014c, p. 18).

---

[235] No texto citado, Grau (2015) diferencia sujeição, dever e obrigação. A primeira se apresenta como "expressão subjetiva do comando jurídico". Ou seja, contempla a necessidade de obedecer, de quem recebe o comando (sujeito passivo), e o poder de ver o comando ser realizado (sujeito ativo). O dever jurídico, como explicado, é o limite à vontade de alguém, cujo desvio desaba para a ilicitude. A obrigação, ainda, em seu sentido estrito, é uma classe das relações jurídicos, a de aspecto obrigacional, cujo conteúdo é patrimonial. A obrigação é modalidade de dever jurídico. A responsabilidade, que surge com o descumprimento da obrigação, é a sanção jurídica.

[236] A esta circunstância, Sarlet (2011, p. 226) denomina de hipertrofia dos direitos, quando aponta, no mesmo sentido, o seguinte: "No âmbito da doutrina constitucional brasileira, os deveres fundamentais não tiveram destino diferente, sendo praticamente inexistente o seu desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial. Em boa parte, tal evolução encontra razão de ser na configuração do próprio Estado de Direito e do que se poderia designar de uma 'herança liberal', no sentido de compreender a posição do indivíduo em face do Estado como a de titular de prerrogativas de não-intervenção na sua esfera pessoal, conduzindo à primazia quase absoluta dos 'direitos subjetivos', em detrimento dos 'deveres'."

Canotilho (1997, p. 481) explica que os deveres fundamentais contidos na Constituição Portuguesa (e o mesmo passa com a CF/88) não encontram uma cláusula aberta que permita reconhecer deveres fundamentais extraconstitucionais, como é o caso dos direitos fundamentais. O que não exclui, segundo o autor, deveres legais fundamentais. Por analogia do que se aplica aos direitos fundamentais, sustenta-se que os deveres possuem grau de fundamentalidade material porque apresentam caráter constitutivo das estruturas sociais e estatais básicas (CANOTILHO, 1997, p. 349). O que se afirma aqui é que deveres fundamentais o são por sua importância para o modelo político, econômico e social que conforma a CF/88. Ainda que presentes unicamente na legislação infraconstitucional alguns deveres são fundantes. Em termos de exercício da atividade econômica, sua imprescindibilidade para o modelo de livre mercado brasileiro é a nota adjetiva de sua fundamentalidade. Os deveres destacados ora estudados podem ser assim qualificados.

Sua criação merece a mesma cautela dispensada às leis restritivas de direitos. Miranda (1993, p. 165) enuncia a importância de se observar os seguintes limites: (1) os princípios da universalidade e da legalidade; (2) não restrição aos direitos, liberdades e garantias de conteúdo essencial; e (3) necessidade de lei abstrata e não retroativa. Estabelecer imposições à vontade dos particulares é tarefa que exige zelo e técnica, tal qual a criação de direitos.

Estreita é a relação entre eles e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, para Sarlet (2011, p. 226) para quem seu reconhecimento "[...] reclama um mínimo de responsabilidade social no exercício da liberdade individual e implica [...] respeito pelos valores constitucionais e pelos direitos fundamentais, inclusive na esfera das relações entre privados". Ao mesmo tempo em que vinculam comportamentos, também o fazem quanto à atividade de gestão.

O regime jurídico empresarial também confere deveres a quem age economicamente, seja como empreendedor, seja como gestor. Neste ponto, talvez um avanço em relação à ausência de um rol de deveres fundamentais, a legislação infraconstitucional se ocupa de elencá-los. Quem o fez em primeira mão foi a LSA. Como será brevemente exposto, há deveres reconhecidos aos envolvidos na condução da companhia, sejam eles administradores, acionistas ou conselheiros. Já se asseverou que é precondição para a existência e o funcionamento do mercado que as condutas possuam regularidade e uniformidade, daí a importância e a precedência na clareza dos limites à vontade.

Deveres são inseparáveis do tráfego de bens e serviços e o regime jurídico empresarial, como conjunto de normas que regula o fluxo de riqueza, deve ser visto em sua totalidade. Hoje se convive com uma dualidade legislativa (CCB/02 e LSA), em termos de regulação societária,

que não pode embaçar esta ideia de conjunto. Não é porque um dever não se prevê no Código Civil, expressamente, que ele não abranja as sociedades ali disciplinadas, especialmente a sociedade limitada – e o mesmo no sentido contrário. Este é um viés que precisa ser retomado a todo momento, como se fará. A atuação-cidadã, na qual a responsabilidade é devidamente atribuída ao titular de direitos, está na base do reconhecimento dos deveres. Requião (2003, p. 207) já apontava para a impossibilidade de se entender a empresa dissociada dos múltiplos e variados interesses que nela estão repousados, os quais superam a produção de lucro, asseverando que: "[...] qualquer sociedade deve comportar-se como parte responsável do agregado social no qual ela opera".

À medida em que são os partícipes na constituição societária, despontam os deveres detectáveis na dogmática para os sócios, que se tem designado como empreendedor. Inobstante a forma do instrumento constitutivo (contrato social, nas sociedades limitadas, ou estatuto, nas sociedades anônimas), a sociedade sempre é um contrato. Logo, os empreendedores têm os mesmos deveres que qualquer sujeito de direito que tome parte em um sinalagma. A eles vinculam os chamados deveres gerais de conduta emanados de princípios explícitos (adotados pelos textos legais) ou implícitos (decorrentes da interpretação sistemática do ordenamento), que, segundo Lobo (2015), possuem fundamento constitucional[237], o que permite, com base no critério de fundamentalidade, na forma antes sustentada, alçá-los à condição de deveres fundamentais:

> Os deveres de conduta, convertidos em princípios normativos, não são simplesmente anexos ao dever de prestar adimplemento. A evolução do direito fê-los deveres gerais de conduta, que se impõem tanto ao devedor quanto ao credor e, em determinadas circunstâncias, a terceiros. Esses deveres não derivam da relação jurídica obrigacional, e muito menos do dever de adimplemento; estão acima de ambos, tanto como limites externos ou negativos, quanto como limites internos ou positivos. Derivam diretamente dos princípios normativos e irradiam-se sobre a relação jurídica obrigacional e seus efeitos, conformando e determinando, de modo cogente, assim o débito como o crédito. Os deveres gerais de conduta exigem interpretação de seus efeitos e alcances diretamente conjugada aos dos princípios de onde promanam. A compreensão de uns implica a dos outros.

Segundo este raciocínio, aos contratantes a lei, os princípios, as circunstâncias ou mesmo as cláusulas impõem os deveres de boa-fé objetiva (ou de agir honestamente, com

[237] Como explica: "No que respeita ao contrato em geral, o Código Civil de 2002 verteu em princípios normativos explícitos a boa-fé objetiva ou de conduta e a função social e, implicitamente, a equivalência material. Esses princípios engendram deveres gerais de conduta a qualquer obrigação e não apenas aos contratos, pois têm sede constitucional, como desdobramento dos princípios da solidariedade social e da justiça social (arts. 3º, I, e 170 da Constituição), que transformaram profundamente o paradigma individualista do Código Civil anterior. (Lobo, 2015)."

lealdade e correição); de realizar a função social das obrigações (no sentido de condicionar os interesses individuais aos sociais, sempre que estes se apresentem); de equivalência material de direitos e deveres (buscando o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes da celebração, durante ou na execução das cláusulas); de equidade (porque a prestação não pode ser injusta, já que a equidade é a justiça no caso concreto); de informação (para que as partes envolvidas detenham as mesmas informações sobre as circunstâncias de fato e de direito envolvidas na contratação); e, de cooperação (para a composição de interesses das partes, que outrora antagônicos, hoje são considerados convergentes) (LOBO, 2015). Tais deveres se inserem numa pauta de solidariedade social que, para os contratos, foi renovada com os preceitos do CCB/02 que normatizam os deveres ora citados – cuja exaustiva enumeração e análise não parece apropriada.

Incorrendo nas especificidades do regime jurídico empresarial, o primeiro e mais elementar dever dos sócios (cotistas ou acionistas) é o de contribuir para a instauração do capital social, ponto de partida para a formação do patrimônio individual da pessoa jurídica. Notadamente, assume uma obrigação (um dever de conteúdo econômico)[238] com a pessoa em gênese, nos prazos e forma estipulados no contrato (art. 1.004, CCB/02)[239]. No caso da sociedade limitada, este aporte será o limite do risco que o sócio está disposto a correr, e por isso são todos eles solidariamente responsáveis no cumprimento da obrigação (art. 1.052, CCB/02). Na LSA, passa o mesmo: há dever, na forma de obrigação, de realizar o capital social (art. 106). O cotista, na sociedade limitada (art. 1.004, § único, CCB/02), ou o acionista, na sociedade anônima (107, LSA), que não integraliza é considerado remisso e pode ser executado, ter sua participação reduzida ou mesmo ser excluído, tudo a critério dos demais. Essas são as consequências para a violação deste dever.

Ao direito de tomar parte das decisões societárias, pode-se apontar o conexo dever de fazê-lo. Mesmo que não se manifeste, o silêncio do cotista ou do acionista também contribui para a formação da vontade social. Este é um dever intrínseco à sociedade, que não encontra previsão legal expressa, mas que é fundamental à existência da personalidade jurídica, de quem a vontade é elemento essencial (afinal, trata-se de um sujeito de direito, com existência e, portanto, patrimônio separado).

---

[238] Isto porque as obrigações estão para os deveres numa relação de gênero (estes) e espécie (aquelas): são deveres de conteúdo patrimonial (GRAU, 2015). Aportar recursos para o capital social é um dever de conteúdo patrimonial, logo pode ser qualificado como uma obrigação.

[239] Em se tratando de sociedade simples, como sociedade de pessoas, esta contribuição poderá ser feita em serviços. O que não se admite nas sociedades empresárias, que só admitem a integralização mediante quantia em pecúnia ou nela aferível.

O contrato social ou o estatuto podem prever outros deveres aos empreendedores, além dos previstos em lei. Violados, levam às sanções que também deverão ter previsão contratual, ou à exclusão do art. 1.030, CCB/02[240]. Da mesma forma, quando pratica atos de inegável gravidade, que colocam em risco a continuidade da empresa, o sócio pode ser excluído da sociedade que preveja a exclusão por justa causa, mediante alteração contratual (art. 1.085, CCB/02)[241].

Na LSA existe a figura do acionista controlador: pessoa (natural ou jurídica) ou grupo que detém a maioria dos votos em assembleia e que efetivamente utiliza este poder decisório para influenciar a condução social (art. 116, LSA). O acionista controlador tem o dever de lealmente respeitar e atender os interesses dos demais acionistas, colaboradores e comunidade quando utiliza o poder que a posição lhe confere (art. 116, § único).

Em paralelo, deveres não são atribuídos exclusivamente aos sócios, mas também aos administradores, ou gestores, a quem cabe executar as medidas de caráter econômico e financeiro que decorrem das decisões tomadas pelos sócios, na formação da vontade da pessoa jurídica. Em sentido amplo, por gestores se denotam, também, conselheiros e diretores. Eles não têm, necessariamente, participação societária. Ao contrário, cresce a tendência de profissionalização da gestão empresarial e cada vez mais se forma uma mão de obra qualificada para gerir negócios, de forma técnica e eficiente.

Logo, ao atribuir deveres aos gestores, a par dos deveres dos empreendedores, abarca-se todos que possuem algum poder decisório, limitando-se sua vontade, sancionando ilícitos que porventura possam ser cometidos na violação desses deveres. Vale destacar que quando uma mesma pessoa reúne múltiplos papéis[242] (v.g. sócio-administrador), acumula deveres inerentes às distintas posições. No mesmo sentido, considerando que a profissionalização se dá nas empresas de maior porte, percebe-se que, ao apontar deveres aos administradores, a LSA é mais desenvolvida do que o CCB/02. Porém, como já alertado, tratando-se de um sistema de normas, entende-se que os deveres são para qualquer administrador, inobstante a espécie empresarial. Merecem, pois, estudo conjunto ambas as legislações[243].

---

[240] Diz o art. 1.030: "o sócio ser excluído judicialmente, mediante iniciativa da maioria dos demais sócios, por falta grave no cumprimento de suas obrigações, ou, ainda, por incapacidade superveniente."

[241] Nos termos do art. 1.085: "quando a maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social, entender que um ou mais sócios estão pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade, poderá excluí-los da sociedade, mediante alteração do contrato social, desde que prevista neste a exclusão por justa causa".

[242] Os membros do conselho fiscal também possuem deveres, conforme previsto no art. 1.069, CCB/02, e no art. 165, LSA. O mesmo acontece com o liquidante, conforme ao rt. 210, LSA. Porém, não serão aprofundados.

[243] Além dos deveres que estão doravante compilados, considerados principais, existem outros, implícitos e explícitos. Não serão discutidos pormenorizadamente, mas convém citar: "A lei contempla, no entanto, outros tantos deveres, de diferentes naturezas, como, por exemplo, o de divulgar os documentos da administração, com

A LSA traz o dever de diligência (art. 153), que vem no sentido de aplicar o zelo e a técnica necessários para a condução dos negócios. O texto do artigo é praticamente o mesmo dado pelo CCB/02 ao caput do art. 1.011[244]. Ou seja, para as sociedades nela previstas, a codificação civil também reconhece o dever de diligência aos administradores. Diligente é o "[...] o administrador que observa os postulados [...] de conhecimentos tecnológicos [da ciência de administração de empresas], fazendo o que nele se recomenda e não fazendo o que se desaconselha". (COELHO, 2007, p. 246).

Tem, o gestor, o dever de exercer as imputações legais e estatutárias a ele conferidas no sentido de buscar harmonizar o objeto da companhia e os interesses desta, com a observância da função social e do bem público (art. 154, LSA), ou seja, tem o dever de finalidade (COELHO, 2007, p. 247). Muito antes de a função social da propriedade ser reconhecida como princípio constitucional econômico (art. 186, CF/88)[245], a LSA já lhe condicionava a atuação da administração. É dever de quem administra a sociedade anônima buscar o equilíbrio entre os interesses envolvidos, internos e externos. Como a função social da propriedade possui status constitucional, o dever claramente existe em qualquer espécie de sociedade, inobstante não haver, no CCB/02, semelhante dispositivo no capítulo em que trata das espécies societárias (o que já se dispensaria pelo caráter sistemático do regime jurídico empresarial antes afirmado).

À mesma conclusão (de aplicação às sociedades unificadas pelo Código) se chega pelo que dispõe o art. 482, do CCB/02, que consagra a função social nos contratos. Aliás, na atualidade, as empresas não se furtam de sua responsabilidade social, no sentido de incentivar ou tomar parte de práticas que convirjam para a efetivação de direitos, especialmente aquelas relacionadas às causas ambientais e de direitos humanos. O atendimento da função social da empresa encontra limites. Isto porque ações sociais não serão desenvolvidas sem comedimento

---

certa antecedência (art. 133), convocar a AGO (art. 123), providenciar a elaboração das demonstrações financeiras (art. 176), preparar laudo demonstrativo da incompatibilidade de distribuição dos dividendos obrigatórios (art. 202, § 4º). Também há deveres implícitos, que se concluem de normas mais gerais ou, mesmo, de princípios. São dessa categoria os deveres de observar os estatutos, cumprir as deliberações dos órgãos societários hierarquicamente superiores, controlar a atuação dos demais administradores, não competir com a sociedade, etc." (COELHO, 2007, p. 245).

[244] Ambos os artigos possuem redação quase idêntica. Diz o *caput* do art. 1.011: "O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios." Já o art. 153, da LSA, tem o seguinte conteúdo: "O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios".

[245] Uma discussão aprofundada do papel da função social na ordem econômica e no rol dos direitos fundamentais, como faz a CF/88, não se mostra pertinente, porque o que se quer é mostrar apenas que é reconhecida como dever de quem administra. Porém, é importante destacar que o art. 186, CF/88, que integra o capítulo da ordem econômica, vincula a função social à propriedade rural, mas há muito já se reconheceu que a função social engloba qualquer espécie de propriedade, não importando meio. Isto é consequência lógica, inclusive, da inclusão da função social da propriedade no rol dos direitos fundamentais (art. 5º).

nos atos de liberalidade, porque aos administradores não é dado dilapidar os recursos da empresa (art. 154, § 4º, LSA). Como a lei não oferece critérios para a composição de eventuais conflitos dos acionistas, função social e bem público, Coelho (2007, p. 247) aponta que as quatro condutas do art. 154, §§, LSA, se não cometidas, resguardam o administrador no sentido de estar observando a finalidade empresarial. São elas:

> [...] o administrador não pode privilegiar o grupo ou classe de acionistas que o elegeu; não pode incorrer em liberalidade à custa da companhia, admitida apenas a prática de atos gratuitos razoável em favor de empregados ou da comunidade, quando autorizado pelo conselho de administração ou pela diretoria; não pode, sem prévia autorização da assembleia geral ou do conselho de administração, tomar por empréstimo recursos ou bens da companhia, nem usar – em benefício próprio ou de outrem – seus bens, serviços e crédito; e não pode, por fim, sem autorização estatutária ou assemblear, receber de terceiros vantagem de qualquer tipo em razão de seu cargo.

Há, ainda, o dever de lealdade (art. 155, LSA), pois ao administrador não é dado se valer de informações privilegiadas ou dos segredos do negócio, aos quais acessa em razão do cargo, para obter vantagem para si ou para outrem. Na esteira da lealdade, a LSA veda que o administrador intervenha em operações da companhia nas quais tenha interesse divergente (art. 156, LSA). Releva apontar que tais condutas proibidas, perpretadas, caracterizam "[...] o que a doutrina americana denominou de insider trading cujo objetivo é coibir a utilização de informações privilegiadas e não divulgadas ao público com o intuito de obter vantagem para si ou para terceiros" (SANTIAGO, 2015).

Quando violada a regra, o negócio é anulável e as vantagens auferidas pelo administrador devem ser repassadas à companhia (§ único, art. 156, LSA). A previsão também pode ser compreendida no contexto de todas as demais sociedades por expressa veiculação do dever de lealdade e da vedação de agir no conflito de interesses, no art. 1.017, CCB/02, ainda que de forma simplificada.

Existe, no rol contemplado na LSA, o dever de informar (art. 157), segundo o qual o administrador da companhia aberta tem a obrigação de apontar suas posições mobiliárias aos acionistas. Trata-se do full disclosure, que prescreve como dever dar conhecimento ao mercado, quando o capital for aberto, dos fatos relevantes ocorridos nos negócios. Conforme Requião (2003, p. 214):

> A *disclousure* constitui, pois, um conjunto de regras que visam a proteger a lisura e a respeitabilidade do mercado de capitais. Não se refere propriamente à informação sobre os negócios inerentes à realização do objeto social da companhia, pois esses integram e são protegidos pelos princípios do sigilo profissional da empresa, mas diz respeito a tudo aquilo que posa influir na cotação dos valores mobiliários (ações, debentures, etc.) emitidos pela companhia, e que são objeto de operações do mercado.

Impera apontar que na antiga sistemática da lei de falências (sob a égide do DL 7661/45), quando não cumpria com obrigação, o devedor tinha o dever de confessar falência, em trinta dias (art. 8º, DL 7661/45), sob pena de não poder usufruir da concordata (art. 140, II, DL 7661/45). A atual, Lei 11.101/05 segue utilizando o vocábulo dever, sem, no entanto, trazer sanção. Tal mudança veio para albergar entendimento jurisprudencial, vertido na Súmula 190, do Supremo Tribunal Federal (STF) ("O não pagamento de título vencido há mais de trinta dias, sem protesto, não impede a concordata preventiva"). É o que explica a doutrina:

> Nenhuma é a consequência da falta de pedido de autofalência. Embora o dispositivo legal sugira uma ordem ao devedor empresário, inexiste qualquer tipo de sanção. Na lei anterior, a falta do pedido de autofalência importava consequências relativamente à concordata, mas a jurisprudência se encarregava de tornar letra morta o dispositivo em que se assentavam (COELHO, 2005, p. 295). [246]

Não tendo sanção, hoje se entende que a autofalência é uma faculdade do devedor, que, no caso das sociedades limitadas, é da própria pessoa jurídica – e não dos empreendedores ou gestores. Esta mudança demonstra que se dissipou a ideia (equivocada) de que o inadimplemento do devedor é motivado pela apropriação indevida de recursos, ou de que a falência nasce da fraude. Considerada crime em seus primórdios, hoje se encara como uma intercorrência de qualquer negócio, estando todos os que empreendem a ela suscetíveis (VIGIL NETO, 2008).

Neste ponto, que toca no descumprimento de obrigações, pela conexão com o objeto de pesquisa, é importante assentar a ideia de que pagar dívidas também é considerado um dever, cuja violação traz consequências previstas na lei, aplicáveis à pessoa inadimplente (a pessoa jurídica). Seja voluntário (sem justificativa) ou involuntário (arrimado em circunstância externa), irá o "[...] inadimplente responder por perdas e danos, para recompor o patrimônio do credor lesado pelo descumprimento da obrigação" (DINIZ, 2011, p. 265). A consequência é a que consta no art. 389, CCB/02, a saber: "Não cumprida a obrigação, responde o devedor por

[246] E no mesmo sentido Spinelli (2005, p. 194)

perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado". São as consequências da mora.

Essa responsabilidade civil (pelo inadimplemento) é de natureza contratual (há entre as partes um vínculo prévio) e para sua aplicação são pressupostos a obrigação inadimplida; a culpa em sentido amplo (ausência de justificativa para o descumprimento)[247]; o nexo de causalidade entre prejuízo e o não pagamento; e o prejuízo do credor. Caracterizado o inadimplemento das dívidas da sociedade, estas consequências se imputam à própria pessoa jurídica, e não aos empreendedores e gestores.

De outro lado, já se apontou que a violação dos deveres por administradores também é ilícito de natureza civil[248]. Sanciona-se pela responsabilidade civil de quem causar. Ou seja, se violar algum dos deveres jurídicos que a lei lhe reserva, o administrador poderá ser responsabilizado pelos prejuízos efetivamente causados. Ele não responde pelas obrigações que contrair em nome da sociedade, por ato de gestão regular. A regra afirma o princípio da irresponsabilidade do administrador (e do sócio), que não age em seu nome, mas no da sociedade. Porém, quando age, dentro dos poderes, com culpa ou dolo, ou quando viola a lei ou o estatuto, será responsabilizado (art. 158, LSA). Esta previsão precisa ser contextualizada conforme a relação se dá no âmbito interno da companhia ou com terceiros. Internamente, em relação aos atos praticados com culpa ou dolo, a responsabilidade é subjetiva, porque a conduta é avaliada, o que também ocorre quando há violação legal. Já, externamente, envolvendo terceiros, a análise da conduta se dificulta e deve haver a inversão do ônus da prova (SANTIAGO, 2015)[249].

Dever de pagar dívidas (adimplemento) e de indenizar prejuízos são completamente distintos e suas consequências se aplicam a quem deu causa. No caso das obrigações inadimplidas das sociedades limitadas, as consequências da mora incidem sobre o patrimônio destas. No caso do dever de indenizar eventuais danos causados por administradores e sócios

---

[247] Há circunstâncias legalmente previstas que escusam o não pagamento, como é ocorre, por exemplo, com o caso fortuito e a força maior, de acordo com o art. 393, do CCB/02: "O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir".

[248] Algumas das condutas que resultam da violação de deveres dos administradores poderão produzir ilícitos penais, traduzindo dano social. Porém, não se tem a pretensão, aqui, de analisar esta dimensão da responsabilização, porque traria ao trabalho um escopo demasiadamente amplo e fora do contexto proposto pelos estudos desenvolvidos ao longo do curso.

[249] Como afirma a autora: "Verifica-se, assim, que ao se tratar de relação *interna corporis*, o tratamento para fins de responsabilidade é distinto das relações *externa corporis*; enquanto, nas relações *interna corporis*, cabe à sociedade e/ou aos sócios o ônus probatório de que houve culpa ou dolo do administrador, tratando-se de responsabilidade subjetiva do tipo clássico, nas relações *externa corporis*, ocorre inversão do ônus *probandi* em proteção ao terceiro prejudicado, aparecendo a figura da responsabilidade subjetiva com presunção de culpa."(SANTIAGO, 2015).

na violação de deveres, vale a mesma concepção. A sociedade não é a pessoa a quem se imputará a sanção. Para que seja possível este mecanismo, é necessário que condições bastante peculiares se apresentam. No horizonte, passa a despontar a desconsideração da personalidade jurídica, tema da próxima seção.

Neste sentido, qualquer avanço no patrimônio dos empreendedores ou dos gestores depende de prejuízos que venham a causar, estritamente no caso de violação de deveres. O inadimplemento não pode ser encarado como pressuposto de fraude, sequer como indício. Quando ocorre, suas consequências ficam no plano das relações internas à sociedade. São relações obrigacionais distintas. A do sócio/administrador com a sociedade; e a desta com seus credores. Inadimplemento gera, a esta, o dever de indenizar perdas e danos, consequência sem força para abranger aqueles.

A utilização dos instrumentos legais para a crise empresarial traz, a seu tempo, deveres específicos aos gestores e controladores. A proibição de alienar ou onerar itens de seu ativo permanente fora das estratégias do plano de recuperação judicial é uma das restrições que, só se mitiga, na hipótese de evidente utilidade, reconhecida judicialmente, após a manifestação dos credores (art. 66, LRE). Apresentação mensal das contas demonstrativas é outro dever imposto ao devedor em crise, cuja penalidade é a destituição dos administradores (art. 52, IV, LRE).

Com a decretação da falência, o devedor tem os deveres arrolados no art. 104, LRE: assinar nos autos, desde que intimado da decisão, o termo de comparecimento, declinando as causas da falência, os nomes e o endereços de todos os dos sócios, acionistas controladores, diretores ou administradores e gestores, apresentando o ato constitutivo, informando o nome do contador encarregado da escrituração dos livros obrigatórios; os mandatos outorgados e mandatários constituídos, os bens imóveis e os móveis que não se encontram no estabelecimento, a titularidade de quotas em outra sociedade, suas contas bancárias, aplicações, títulos em cobrança e créditos, assim os processos em andamento em que forque é autor ou réu (inciso I); os livros obrigatórios (inciso II); não se ausentar do local onde se processa a falência (inciso III); comparecer aos atos da falência, por procurador (inciso IV); entregar bens e documentos ao administrador judicial, indicando-lhe, para arrecadação (inciso V); prestar as informações reclamadas pelo juiz, administrador judicial, credor ou Ministério Público sobre atos e fatos que interessem à falência (inciso VI); auxiliar o administrador (inciso VII); analisar as habilitações de crédito que sejam apresentadas por credores (inciso VIII); prestar assistência à análise dos livros contábeis (inciso IX); manifestar-se (inciso X); apresentar a lista de seus credores (inciso XI); e, examinar e dar parecer sobre as contas do administrador judicial (inciso

XII). O descumprimento de algum desses deveres é considerado crime de desobediência (§ único, art. 104, LRE). A responsabilidade é pessoal e não patrimonial.

A LRE criminaliza, ainda, as condutas arroladas como crimes falimentares, no art. 168 e seguintes. Muitas delas correspondem ao descumprimento de deveres, as penas são restritivas da liberdade e de multa, mas, da mesma maneira, não atuam no patrimônio de quem as comete no sentido de obrigar por dívidas da pessoa jurídica. Ou seja, não há o efeito desconsideratório da personalidade jurídica.

Traçado o panorama das relações entre empreendedores, gestores, sociedades e terceiros, é oportuno compreender os limites e possibilidades da desconsideração da personalidade jurídica e os desafios que ela apresenta, conforme a seção a seguir.

4. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E CRIMINALIZAÇÃO DO DEVEDOR EM CRISE

A desconsideração da personalidade jurídica é uma exceção ao princípio da irresponsabilidade dos sócios e dos administradores e em cujo seio está, também, a ilicitude. Trata-se de uma das principais espécies sancionatórias, que depende da verificação do abuso da personalidade jurídica, mediante a ocorrência do desvio de finalidade ou da confusão patrimonial, elementos previstos no art. 50, do CCB/02. A desconsideração da personalidade jurídica, que surgiu como teoria e hoje está positivada, permite:

> [...] ao juiz não mais considerar os efeitos da personificação da sociedade para atingir e vincular responsabilidades dos sócios, como intuito de impedir a consumação de fraudes e abusos por eles cometidos, desde que causem prejuízos e danos a terceiros, principalmente os credores da empresa. Dessa forma, os bens particulares dos sócios podem responder pelos danos causados a terceiros. Em suma, o escudo, no caso da pessoa jurídica, é retirado para atingir quem está atrás dele, o sócio ou o administrador (TARTUCE, 2012, p. 148).

Prossegue o autor explicando, ainda, que existe a desconsideração da personalidade jurídica inversa, que ocorre quando os bens sociais são utilizados para pagar dívidas dos sócios, que também tenham, na condução de seus próprios negócios, cometido algum tipo de ilicitude. (TARTUCE, 2012, p. 148). Entende-se que esta possibilidade está afastada do escopo da investigação, o que torna inconveniente seu aprofundamento.

Para que seja aplicada nas relações civis, é necessário que exista, além do abuso de personalidade jurídica (segundo uma das situações previstas no art. 50, CCB/02: desvio de

finalidade ou confusão patrimonial), o prejuízo do credor (teoria maior) – muito embora haja os que defendam a dispensabilidade da prova do prejuízo (teoria menor). As diferenças entre os dois pensamentos são bem explicadas por COELHO (2007, p. 36):

> [...] há duas formulações para a teoria da desconsideração, a maior, pela qual o juiz é autorizado a ignorar a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, como forma de coibir fraudes e abusos praticados através dela, e a menor, em que o simples prejuízo do credor já possibilita afastar a autonomia patrimonial.

Neste sentido é o entendimento do STJ:

> [...] 2. Nos casos em que se discutem relações jurídicas de natureza civil, o legislador pátrio, no art. 50 do CC de 2002, adotou a teoria maior da desconsideração, que exige a demonstração da ocorrência de elemento objetivo relativo a qualquer um dos requisitos previstos na norma, caracterizadores de abuso da personalidade jurídica, como excesso de mandato, demonstração do desvio de finalidade (ato intencional dos sócios em fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica) ou a demonstração de confusão patrimonial (caracterizada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação patrimonial entre o patrimônio da pessoa jurídica e dos sócios ou, ainda, dos haveres de diversas pessoas jurídicas). 3. A mera inadimplência da pessoa jurídica, por si só, não enseja a desconsideração da personalidade jurídica. Precedentes. Súmula 7/STJ. [...] (AgRg no AREsp 588.587/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 22/06/2015)

Em ambos os casos, a desconsideração é uma sanção a atos ilícitos, resultantes da violação aos deveres atribuídos aos sócios e aos administradores, notadamente o dever de finalidade (espancado quando há o abuso da personalidade jurídica). Se são exigidos atos ilícitos como pressuposto, está claro que é uma situação de responsabilização civil subjetiva, porque se considera a culpa ou o dolo de quem tenha exteriorizado as condutas legalmente valoradas e eleitas pela lei.

E neste sentido, destacando as dificuldades em termos de prova que a subjetividade fornece, explica Coelho (2007, p. 44):

> A teoria maior da desconsideração elegeu como pressuposto para o afastamento da autonomia patrimonial da sociedade empresária o uso fraudulento ou abusivo do instituto. Cuida-se, desse modo, de uma formulação subjetiva, que dá destaque ao intuito do sócio ou administrador, voltado à frustração de legítimo interesse de credor. Não se pode, entretanto, deixar de reconhecer as dificuldades que essa formulação apresenta no campo das provas.

Entretanto, ainda que tenha a mesma raiz (ilicitude), a desconsideração da personalidade jurídica opera fora do campo da sociedade (onde se encontra a transgressão de deveres). Difere,

portanto, do dever de indenizar prejuízos, porque permite retirar o véu da pessoa jurídica e, diretamente, numa obrigação que envolve terceiro, buscar os bens particulares de quem tenha posto em marcha a ilicitude: "[...] a obrigação é imputada a ele [sócio/administrador] diretamente, sem o menor entrave, derivado da personalidade jurídica desta [empresa]" (COELHO, 2007, p. 44)[250].

O estado de crise não é suficiente para disparar a desconsideração da personalidade jurídica, mesmo quando há insolvência. A crise da empresa designa um estado de vulnerabilidade que repercute em dificuldade no cumprimento das obrigações assumidas pelo agente econômico, no exercício da atividade de produção ou circulação de bens ou de serviços. É um momento de fragilidade oriundo de uma degradação do ativo e do aumento do passivo, que tende a progredir, especialmente se não forem tomadas medidas de saneamento e reestruturação (COELHO, 2007).

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) estabelece em seu Título VII, a Ordem Econômica e Financeira, oferecendo elementos centrais à interpretação das normas afetas ao exercício de uma atividade econômica. Neste marco se contextualiza a LRE: foi no sentido de enfrentar o problema da crise econômico-financeira da empresa desde os objetivos e fundamentos ali estabelecidos que se inovou o direito concursal brasileiro, no sentido de vincular-se à preocupação com a manutenção da fonte produtora, com os empregos por ela gerados, bem como com o interesse dos credores, adotando, entre outros instrumentos, a recuperação judicial descrita no art. 47[251].

Como já dito e é importante repetir: apenas nos casos excepcionalíssimos do art. 50, do Código Civil Brasileiro, é que se pode cogitar, na presença de prejuízo, a medida. Ao contrário, a LRE oferece meios para evitar a desconsideração, em especial mediante a falência que elide o redirecionamento das obrigações tributárias aos sócios e administradores, cujo pressuposto é a dissolução irregular, que ocorre quando os procedimentos legalmente exigidos não são observados[252]. São casos em que sócios simplesmente interrompem as atividades, sem

---

[250] Destaca-se, com apoio em Tartuce (2012, p. 149) que a desconsideração da personalidade jurídica também está positivada no Código de Defesa do Consumidor (art. 28) e na Lei de Crimes Ambientais (art. 4, Lei 9605/98), que não serão analisadas. Também se aplica o instituto nas relações trabalhistas, igualmente não inseridas neste trabalho, sobre as quais vale destacar que, por razão "[...] mais política do que jurídica, entende que o exaurimento do patrimônio da empresa, independentemente de qualquer avaliação acerca da conduta do administrador ou sócios, é motivo para redirecionar a atuação jurisdicional" (VIGIL NETO, 2008, p. 255).

[251] Que diz: Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

[252] A jurisprudência tributária tem colocado, ademais, situação adicional ao abuso da personalidade jurídica que permite a desconsideração: a dissolução irregular da sociedade, conforme se lê no posicionamento consolidado do

preocupação com a liquidação das obrigações. Situação fática que já foi descrita, inclusive, na Súmula n. 435, do STJ ("Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente").

De fato, o que fundamenta sua irregularidade é o descumprimento do dever de encerrar a pessoa jurídica de acordo com os preceitos legais. Isto porque é normal e natural que as pessoas jurídicas, que também tem ciclo de vida, extingam-se. Porém, o "[...] o Direito estabelece um regramento procedimental de encadeamento dos atos extintivos da empresa individual ou dissolutórios da sociedade. A não realização destes torna irregular [...]. Neste grupo de atos irregulares de dissolução da empresa não se pode incluir, o pedido de autofalência" (VIGIL NETO, 2008, p. 254). Ao contrário, o dever de confessar de falência (hoje visto como faculdade) reforça sua regularidade[253].

O princípio da irresponsabilidade, que se precipita como correlato da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, é uma das implicações da constituição de uma sociedade de responsabilidade limitada, seja na forma de sociedade limitada (CCB/02), seja sociedade anônima (LSA). A legislação pátria, a doutrina e a jurisprudência conduzem no sentido de que a responsabilidade civil não encontra fundamento do inadimplemento obrigacional (e o consequente prejuízo ao credor), especialmente em termos de obrigações civis e tributárias. A mora, com os acessórios que introduz no débito, é que se aplica nesses casos, apenas à empresa. Para a responsabilização de terceiros é preciso mais. Autoriza a busca de bens dos particulares, no sentido de fazer frente às dívidas sociais, tão somente a ilicitude. Na relação empreendedor/gestor-sociedade (interna) ou sociedade-terceiros (externa) a responsabilidade civil é sempre de natureza subjetiva. Todos os preceitos legais e (a maioria dos) entendimentos

---

Superior Tribunal de Justiça (STJ): TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA. SÓCIO CONTRA O QUAL NÃO SE COMPROVOU INDÍCIO DE GESTÃO FRAUDULENTA. REDIRECIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.101.728/SP, sob o rito dos recursos repetitivos, consolidou o entendimento segundo o qual o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente da empresa é cabível apenas quando demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou ao estatuto, ou no caso de dissolução irregular da empresa. 2. A desconsideração da personalidade jurídica, com a consequente invasão no patrimônio dos sócios para fins de satisfação de débitos da empresa, é medida de caráter excepcional, apenas admitida nas hipóteses expressamente previstas no art. 135 do CTN ou nos casos de dissolução irregular da empresa, que nada mais é que infração à lei. 3. O indício de dissolução irregular da sociedade não é, por si só, apto a ensejar a responsabilidade pessoal dos sócios, pois a aplicação do art. 50 do CC depende da verificação de que a personalidade jurídica esteja sendo utilizada com abuso de direito ou fraude nos negócios e atos jurídicos. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1473929/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado e m 21/10/2014, DJe 29/10/2014)

[253] Na falência, pode haver, também, a desconsideração da personalidade jurídica, provando-se o abuso de forma e outras situações narradas na lei, todas elas dependentes da violação de deveres, e que podem ser apuradas na forma da ação de responsabilidade do art. 82, da Lei 11.101/05 (VIGIL NETO, 2008).

jurisprudências tomam como partida o exame da conduta, exigindo culpa ou dolo para que as pessoas enumeradas respondam.

Entretanto, não-raro, a experiência mostra que o tratamento dado ao devedor em crise ainda vem embebido em desconfiança, reservando-se, a ele, a exceção como regra. Veja-se, por exemplo, a inexistência de previsão legal de perícia contábil nos processos da LRE, e que se tornou prática nas decisões judiciais. O mesmo se pode dizer da chamada "perícia prévia", prática que tem se alargado, partindo do pressuposto (invertido) de que as empresas que buscam a LRE não estão aptas aos meios nela previstos (COSTA, 2018)[254]. Está claro que transparece um certo punitivismo, o reconhecimento do devedor em crise (nas pessoas dos sócios e do administrador da sociedade) como um potencial fraudador para o qual se reserva uma norma de exceção. A desconsideração da personalidade jurídica mal manejada pode potencializar este processo. Por isso, reafirma-se: é regra de exceção que depende do preenchimento dos requisitos legais já apontados.

Observa-se que reforça esta ideia a existência de mecanismos próprios de proteção dos credores e demais interessados previstos na LRE. Com o deferimento da recuperação, o administrador judicial assume o papel de fiscalizador da atividade do devedor e de seus administradores. Estes devem se pautar não só pelo cumprimento dos deveres acima relacionados, mas também pela execução do plano de recuperação judicial. Existe, como exceção, a possibilidade de afastamento do devedor ou dos administradores, na recuperação judicial, se ocorrer alguma das situações elencadas no art. 64, LRE, a saber: condenação em sentença penal transitada em julgado por crime cometido em recuperação judicial ou falência anteriores ou recuperação judicial anterior ou por crime contra o patrimônio, a economia popular ou a ordem econômica previstos na(as quais coincidem com os impedimentos gerais

[254] Analisar criticamente a perícia prévia não é escopo desta pesquisa, mas é pertinente observar a justificativa que a embasa, sintetizada no pensamento do magistrado que a propôs e vem difundindo: "É nesse contexto que se insere a prática da perícia prévia. Há necessidade de se identificar com segurança se a empresa requerente da recuperação judicial enquadra-se na situação para a qual essa ferramenta legal foi desenvolvida, sob pena de se correr o risco de se dispender todo o esforço judicial e legal em vão, para preservar atividades estéreis, não geradoras de qualquer benefício que justificasse o esforço imposto aos credores e à sociedade em geral." (COSTA, 2018). Cabe apontar, neste estudo, que as análises de viabilidade empresarial não cabem ao Judiciário, mas ao mercado. A recuperação judicial, instrumento para o qual tal perícia está pensada, é uma solução de mercado para a crise da empresa. Ao juízo cabe a análise de legalidade e mediação do processo. O magistrado tem, no administrador judicial, a pessoa que deve acompanhar e validar os atos de gestão e condução empresarial, lançando mão dos meios e indicadores aplicáveis. Estabelecer mais uma instância de análise, que onera e dificulta o acesso à RJ, não só é contraproducente, custoso, e obstaculizador da aplicação da LRE, mas também fere o devido processo legal. Trata-se de uma inversão na presunção do princípio da preservação da empresa em crise. Os índices de baixa resolutividade que motivaram a mencionada perícia na verdade são corolário de uma cultura empresarial de postergar o recurso à RJ, que precisa ser modificada. Tratar da recuperação como parte do planejamento empresarial, como ocorre em países desenvolvidos, é o caminho. Ampliar a dificuldade de acesso aos instrumentos da LRE, por melhor que seja a intenção, não vai ajudar em nada neste quadro.

da legislação civil[255]) (inciso I); houver indícios veementes de crimes falimentares (inciso II); praticado atos com dolo, simulação ou fraude contra os aos interesses de seus credores; (incido III).

Também pode ser afastamento o administrador que tenha efetuado gastos excessivos; despesas injustificáveis; descapitalizado ou prejudicado a empresa; simulado ou omitido créditos sem relevante razão de direito (inciso IV); negado as informações solicitadas pelo administrador (inciso V), ou, ainda, cujo afastamento esteja previsto no plano de recuperação judicial (inciso VI). A destituição é feita na forma prevista nos atos constitutivos da pessoa jurídica ou no plano de recuperação judicial. O afastamento é medida acautelatória cujo objetivo é a proteção da empresa e de seus credores, não levando à desconsideração da personalidade jurídica.

Sobrevindo o afastamento a algumas das hipóteses descritas, o juiz convocará assembleia de credores para que deliberem sobre o gestor judicial, profissional que assumirá a administração da empresa, observando-se todos os deveres, impedimentos e remuneração do administrador judicial (art. 65, LRE). Este assumirá a função interinamente, até que seja escolhido o gestor.

Na falência, por expressa disposição do art. 82, da LRE, o juízo da falência é competente para a apuração da responsabilização de sócios, controladores e administradores, que se processará pelo procedimento ordinário, ainda que não haja insuficiência patrimonial. Esta ação prescreve em dois anos, a contar da sentença de encerramento. Poderá ser decretada a indisponibilidade de bens até o julgamento da ordinária.

Vale apontar que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, positivado no art. 133, e seguintes, do CPC, conforme estabelece a própria legislação processual civil, aplica-se ao rol restrito do art. 134, que o prevê exclusivamente para "todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.". Não relaciona os instrumentos legais da LRE. Considerando a disposição especifica do art. 82, que manda processar a desconsideração por ação ordinária, processualmente e por observância ao princípio constitucional do devido processo legal, a ação

---

[255] Art. 1.011. O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios. § 1º Não podem ser administradores, além das pessoas impedidas por lei especial, os condenados a pena que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos; ou por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato; ou contra a economia popular, contra o sistema financeiro nacional, contra as normas de defesa da concorrência, contra as relações de consumo, a fé pública ou a propriedade, enquanto perdurarem os efeitos da condenação. § 2º Aplicam-se à atividade dos administradores, no que couber, as disposições concernentes ao mandato.

correta para apurar as situações do art. 50, do CCB, que resultem em prejuízo aos credores, é a ordinária, com toda a dilação probatória que nela pode ser produzida, sujeita a uma sentença (e não decisão interlocutória, como ocorre no incidente (art. 136, CPC).

Apostos tais elementos, entende-se que já estão lançadas as bases necessárias para retomar o problema de pesquisa e a hipótese propostos anteriormente, para lançar algumas conclusões, nos termos da seção a seguir.

5. CONCLUSÃO

Retomando o problema de pesquisa proposto, que pretendia discutir se a crise empresarial amplia as possibilidades de desconsideração da personalidade jurídica, é possível lançar algumas conclusões. A apuração de responsabilidades dos empreendedores e gestores por violação de deveres, em relação à sociedade ou terceiros, encontra as fronteiras nos dispositivos legais acima mencionados. Em qualquer situação, haja ou não crise. A desconsideração, medida extrema e excepcional, só é cabível diante das pontuais situações de desvio de finalidade ou confusão patrimonial, e exige o prejuízo ao terceiro. Bebe da mesma fonte da responsabilidade civil subjetiva: só podem acontecer as exceções (onde se inscreve a responsabilização de sócios e administradores) quando há elementos volitivos (culpa ou dano) envolvidos.

Estando a empresa em recuperação judicial ou em falência, os deveres e responsabilidades aumentam, porque cresce a necessidade de transparência empresarial. O devedor ou os gestores podem ser afastados, nas circunstâncias acima elencadas, ou mesmo enquadrados em algum dos delitos previstos na lei. Mas, esta agudização não aumenta as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica. Ela segue sendo possível apenas nas situações gerais. Além disso, dependerá de ação ordinária, com dilação probatória.

Está confirmada a hipótese de que a crise é um gatilho para a criminalização do devedor e da empresa, que em nada contribui para a concretização do princípio da preservação, mas que as situações de desconsideração são as mesmas daquelas reservadas aos negócios que gozam de saúde econômico-financeira. Ou seja, não há regime de exceção e não se pode aceitar que a crise seja gatilho para tratamento diferenciado ou prejudicial, até porque o devedor já deve lidar com os problemas próprios e sua vulnerabilidade. O princípio da preservação da empresa em crise impõe um ambiente de proteção e blindagem, instalado em nome do bem maior que é a continuidade da atividade econômica.

REFERÊNCIAS

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v.35, n. 104, p. 109-26. out/dez 1996.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Curso Avançado de Direito Comercial.* Vol. 2. Títulos de Crédito, Falência e Concordata, Contratos Mercantis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BULGARELLI, Waldirio. *Tratado de Direito Empresarial.* 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

COSTA, Daniel Carnio. *A perícia prévia em recuperação judicial de empresas – Fundamentos e aplicação prática*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/InsolvenciaemFoco/121,MI277594,41046-A+pericia+previa+em+recuperacao+judicial+de+empresas+Fundamentos+e> Acesso: agosto, 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial.* Vol. 2: direito de empresa. 10. ed., ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. *Direito de Empresa.* 3. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Técnicas de pesquisa.* 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário Completo.* 6. ed., revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014a.

_____. *Responsabilidade e Substituição Tributárias.* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014b.

_____. *Capacidade Colaborativa:* princípios de Direito Tributário para obrigações acessórias de terceiros. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014c.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial.* 2. Vol. De acordo com as Leis 10.303, de 31-10-2001 (reforma das sociedades anônimas) e 10.406, de 10-01-2002 (novo Código Civil). São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS, Renato Almeida. Compliance como ferramenta de mitigação e prevenção da fraude organizacional. In: CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. *6º Concurso de Monografias da CGU (2011)*: prevenção e combate à corrupção no Brasil. Trabalhos Premiados. Disponível em: <http://www.esaf.fazenda.gov.br/premios/premios-1/premios-realizados/pasta-concurso-de-monografias-da-cgu/concurso-de-monografias-da-cgu-2011/profissionais/2-lugar> Acesso em: 20 agost. 2015.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil.* Volume único. 2. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Método, 2012.

VIGIL NETO, Luiz Inácio. *Teoria Falimentar e Regimes Recuperatórios.* Estudos sobre a Lei 11.101/2005. Porto Alegre: do Advogado, 2008.

O ADMINISTRADOR JUDICIAL

Laurence Bica Medeiros[256]

Nathália Laís Michel Costa[257]

Resumo: O presente artigo versa acerca da figura do Administrador Judicial nos processos recuperacionais e falimentares, sob a égide da Lei nº 11.101/05, com ênfase na necessária profissionalização da função, e mencionando as respectivas responsabilidades deste profissional tão importante para o efeito deslinde dos processos de insolvência. Por conseguinte, ultrapassa-se o conceito das atribuições ordinárias do Administrador Judicial, mais especificamente nos processos de recuperação judicial, fazendo referência às funções transversais que podem ser praticadas para um desenvolvimento processual eficiente. Dentre elas, à título exemplificativo, destaca-se o encargo fiscalizador e catalisador de conflitos, a iniciativa em criar mecanismos tecnológicos para uma efetiva prestação jurisdicional, entre outras atribuições não positivadas, dentre outras que serão enfrentadas no decorrer deste breve estudo.

Palavras-chave: Administrador Judicial. Recuperação Judicial. Lei nº 11.101/05. Funções transversais.

Sumário: 1. Introdução. 2. Administrador judicial: concepção, profissionalização e responsabilidades sob a égide da Lei 11.101/2005. 3. A função transversal do administrador judicial. 4. Conclusão. 5. Referências

1. INTRODUÇÃO

Foi promulgada, na data de 09 de fevereiro de 2005, a Nova Lei de Falências (Lei Federal n.º 11.101/05), regulando acerca do instituto da recuperação judicial, recuperação extrajudicial e a falência de empresários e sociedades empresárias, em substituição ao Decreto-Lei nº 7.661/45.

Paralelo a isso, pela dicção da nova Lei,substituiu-se a figura do Síndico pela do Administrador Judicial, que é nomeado pelo juízo competente, selecionando profissional de sua confiança para arcar com as responsabilidades designadas, atentando-se aos critérios básicos insculpidos na Lei nº 11.101/05.

---

[256] Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Pós graduado em Direito Empresarial pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos e em Direito Tributário pela Fundação Luiz Flávio Gomes. Advogado.

[257] Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Pós Graduada em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Advogada.

Diferentemente da legislação anteriormente utilizada, o magistrado baseia-se na idoneidade do profissional, nomeando, preferencialmente, advogado, economista, administrador de empresas ou contador, o qual possua maior capacidade e conhecimento.[258]

Em observância à legislação falimentar vigente, o primeiro capítulo do presente artigo engloba especificamente a temática quanto ao cargo do Administrador Judicial, sua concepção, a imperiosa profissionalização, suas responsabilidades, e as salutares atribuições advindas com a Lei nº 11.101/05.

O citado capitulo, inclusive, faz referência às funções incumbidas ao profissional nomeado, constantes no rol do artigo 22, da Lei nº 11.101/05[259], bem como à imprescindibilidade do Administrador Judicial para o regular trâmite do processo.

---

[258] MAMEDE, Gladston. **Falência e de recuperação de empresas**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 53.

[259] "Art. 22. Ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe:
I – na recuperação judicial e na falência:
a) enviar correspondência aos credores constantes na relação de que trata o inciso III do caput do art. 51, o inciso III do caput do art. 99 ou o inciso II do caput do art. 105 desta Lei, comunicando a data do pedido de recuperação judicial ou da decretação da falência, a natureza, o valor e a classificação dada ao crédito;
b) fornecer, com presteza, todas as informações pedidas pelos credores interessados;
c) dar extratos dos livros do devedor, que merecerão fé de ofício, a fim de servirem de fundamento nas habilitações e impugnações de créditos;
d) exigir dos credores, do devedor ou seus administradores quaisquer informações;
e) elaborar a relação de credores de que trata o § 2o do art. 7o desta Lei;
f) consolidar o quadro-geral de credores nos termos do art. 18 desta Lei;
g) requerer ao juiz convocação da assembléia-geral de credores nos casos previstos nesta Lei ou quando entender necessária sua ouvida para a tomada de decisões;
h) contratar, mediante autorização judicial, profissionais ou empresas especializadas para, quando necessário, auxiliá-lo no exercício de suas funções;
i) manifestar-se nos casos previstos nesta Lei;
II – na recuperação judicial:
a) fiscalizar as atividades do devedor e o cumprimento do plano de recuperação judicial;
b) requerer a falência no caso de descumprimento de obrigação assumida no plano de recuperação;
c) apresentar ao juiz, para juntada aos autos, relatório mensal das atividades do devedor;
d) apresentar o relatório sobre a execução do plano de recuperação, de que trata o inciso III do caput do art. 63 desta Lei;
III – na falência:
a) avisar, pelo órgão oficial, o lugar e hora em que, diariamente, os credores terão à sua disposição os livros e documentos do falido;
b) examinar a escrituração do devedor;
c) relacionar os processos e assumir a representação judicial da massa falida;
d) receber e abrir a correspondência dirigida ao devedor, entregando a ele o que não for assunto de interesse da massa;
e) apresentar, no prazo de 40 (quarenta) dias, contado da assinatura do termo de compromisso, prorrogável por igual período, relatório sobre as causas e circunstâncias que conduziram à situação de falência, no qual apontará a responsabilidade civil e penal dos envolvidos, observado o disposto no art. 186 desta Lei;
f) arrecadar os bens e documentos do devedor e elaborar o auto de arrecadação, nos termos dos arts. 108 e 110 desta Lei;
g) avaliar os bens arrecadados;
h) contratar avaliadores, de preferência oficiais, mediante autorização judicial, para a avaliação dos bens caso entenda não ter condições técnicas para a tarefa;

Ainda, faz-se uma breve referência quanto ao Projeto de Lei que trata da nova Lei de falência e recuperação judicial e extrajudicial, o qual confronta a profissionalização do Administrador Judicial e, consequentemente, pontua as desvantagens aos procedimentos recuperacionais e falimentares.

Por fim, no segundo e último capítulo, realizar-se-á o estudo quanto às funções transversais do Administrador Judicial, dentre as quais enquadram-se a necessidade de impulsionar incidentes de habilitação e impugnação de crédito, o comportamento do profissional e seus atos em solenidade assemblear, e os cristalinos pareceres através dos relatórios mensais, exigidos pela atual legislação. Todos os pontos mencionados pretendem viabilizar que o juízo, os credores e os interessados tenham plena ciência da situação econômico-financeira da empresa em recuperação judicial.

Justifica-se o presente artigo, por fim, no intuito de demonstrar, de forma incontestável, a imprescindibilidade de ter um Administrador Judicial capacitado, eficiente e idôneo para o exercício da função, como condição primordial à eficaz prestação jurisdicional aos envolvidos.

2. ADMINISTRADOR JUDICIAL: CONCEPÇÃO, PROFISSIONALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADES SOB A ÉGIDE DA LEI 11.101/2005

Desde a edição do Decreto-Lei 7.661/45 até o advento da Nova Lei de Recuperações Judiciais e Falências - Lei Federal n.º 11.101/05 -, a atuação do Administrador Judicial se fez presente e essencial para o regular andamento dos processos de insolvência no ordenamento

---

i) praticar os atos necessários à realização do ativo e ao pagamento dos credores;
j) requerer ao juiz a venda antecipada de bens perecíveis, deterioráveis ou sujeitos a considerável desvalorização ou de conservação arriscada ou dispendiosa, nos termos do art. 113 desta Lei;
l) praticar todos os atos conservatórios de direitos e ações, diligenciar a cobrança de dívidas e dar a respectiva quitação;
m) remir, em benefício da massa e mediante autorização judicial, bens apenhados, penhorados ou legalmente retidos;
n) representar a massa falida em juízo, contratando, se necessário, advogado, cujos honorários serão previamente ajustados e aprovados pelo Comitê de Credores;
o) requerer todas as medidas e diligências que forem necessárias para o cumprimento desta Lei, a proteção da massa ou a eficiência da administração;
p) apresentar ao juiz para juntada aos autos, até o 10o (décimo) dia do mês seguinte ao vencido, conta demonstrativa da administração, que especifique com clareza a receita e a despesa;
q) entregar ao seu substituto todos os bens e documentos da massa em seu poder, sob pena de responsabilidade;
r) prestar contas ao final do processo, quando for substituído, destituído ou renunciar ao cargo". BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: http: <//www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm> Acesso em: 09.09.2018.

jurídico brasileiro, seja pelo viés da atual terminologia, seja pela antiga, conhecida como Síndico.

Não há, contudo, como se olvidar que as diferenças entre ambas as legislações não se resumem apenas às nomenclaturas. As funções distantes em relação à representatividade do Administrador Judicial frente às empresas - seja na Recuperação Judicial, seja na falência -, foi um fator inovador da legislação atual, conferindo a nova Lei um exercício mais autônomo ao Administrador Judicial, além de mais prático e célere.

No contexto histórico, em obediência aos ditames do antigo Decreto-Lei, em que vigoravam a falência e a concordata, ao juízo competia nomear a pessoa do Síndico para desempenhar a função de administração do processo falimentar e a pessoa do Comissário para administrar a concordata[260], *sob a imediata direção e superintendência do magistrado*[261].

A antiga Lei de Falências preconizava na redação dada pelo art. 60[262] e parágrafos, que o Síndico deveria ser escolhido dentre os maiores credores do falido, ponderando-se a nomeação de estranho ao quadro de credores, na remota hipótese de recusa daqueles em assumir tal função, alteração que se fez significativa com o novo regramento.

Com efeito, a chegada da Lei 11.101/05 marca o período de extinção destas figuras denominadas Síndico e Comissário[263], resultando no surgimento da pessoa do Administrador Judicial, avocando para si a responsabilidade em uma singular terminologia, cujas atribuições precípuas encontram-se elencadas no art. 21[264] e no rol do art. 22[265] do referido Diploma Legal.

---

[260] BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 83.

[261] "Art. 59. A administração da falência é exercida por um síndico, sob a imediata direção e superintendência do juiz." BRASIL. Decreto-Lei n.º 7.661/ 45. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del7661.htm]. Acesso em 27.08.2018.

[262] "Art. 60. O síndico será escolhido entre os maiores credores do falido, residentes ou domiciliados no foro da falência, de reconhecida idoneidade moral e financeira." BRASIL. Decreto-Lei n.º 7.661/ 45. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del7661.htm]. Acesso em 27.08.2018.

[263] COELHO. Fábio Ulhoa. Código Comercial e Legislação Comercial Anotados. 6ª ed. São Paulo: Editora Samiva, 2003, p. 22.

[264] "Art. 21. O administrador judicial será profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada." BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: http: <//www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm> Acesso em: 09.09.2018.

[265] "Art. 22. Ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe: [...]." Disponível em: http: <//www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm> Acesso em: 09.09.2018.

Veja-se, então, que dessa particularidade, extrai-se o interesse da nova Lei em propor a profissionalização do auxiliar do juizo, ao passo que o personagem do Administrador Judicial não está mais adstrito aos integrantes do quadro geral de credores.

Na espécie, o legislador não se olvidou de considerar os profissionais competentes no conhecimento da matéria, pessoas jurídicas especializadas, sendo preferido pela norma, inclusive, a figura do advogado, que seguramente por ter maior familiaridade com as relações jurídicas, ofertaria o exercício da função com qualidade mais apurada que qualquer credor componente do quadro geral de credores, como outrora previsto pelo Decreto-Lei.

Por essa lógica, atentando-se respectivamente aos dispositivos do artigo 99, inciso IX[266] e artigo 52, inciso I[267], ambos da Lei 11.101/05, o Administrador Judicial é nomeado obrigatoriamente na sentença que decretar a falência ou no despacho que deferir o processamento da recuperação judicial.[268] Não obstante, a Lei ampliou os órgãos de administração, instituindo também o comitê de credores e a assembleia geral de credores, os quais, registra-se, têm funcionamento específico condicionado ao andamento processual, a depender ainda de a empresa devedora ter um vultuoso passivo.[269]

Nesse sentido, em comentário à legislação especial, nos esclarece o autor Manoel Justino Bezerra Filho[270], que a inserção da Lei 11.101/05 no ordenamento jurídico confiou ao juiz maior arbítrio para a nomeação do Administrador Judicial, se comparado ao regime do antigo Decreto-Lei 7.661/45, onde eram aplicadas inúmeras exigências – que, hoje, se perceberam inexequíveis na prática processual – exigindo, entretanto, do *expert* nomeado, a idoneidade moral e comprometimento profissional, nos termos do art. 21[271] da atual normativa, que retoma precisamente tais atribuições.

---

[266] "Art. 99. A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações: IX – nomeará o administrador judicial, que desempenhará suas funções na forma do inciso III do caput do art. 22 desta Lei sem prejuízo do disposto na alínea a do inciso II do caput do art. 35 desta Lei;" Disponível em: http: <//www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm> Acesso em: 09.09.2018.

[267] "Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato: I - nomeará o administrador judicial, observado o disposto no art. 21 desta Lei;" Disponível em: http: <//www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm> Acesso em: 09.09.2018.

[268] BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 83.

[269] Idem, p. 83/84.

[270] Idem, p. 84/85.

[271] "Art. 21. O administrador judicial será profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada." BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: http: <//www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm> Acesso em: 09.09.2018.

Inobstante a legislação não exija formação adequada, a prática ou talvez o considerável aumento dos processos desta natureza no cenário nacional, acabou por bem ordenar uma capacitação apropriada e qualificação técnica para o exercício da função. Pode-se afirmar que, atualmente, a especialização do profissional é fundamental, e certamente beneficia todos envolvidos no processo.

Por conseguinte, adentrando-se nas atribuições práticas assumidas pelo Administrador Judicial, especialmente aquelas elencadas no extenso rol do artigo 22[272] da Lei 11.101/05, verifica-se o quanto a figura desse profissional é imprescindível ao regular andamento do processo recuperacional ou falimentar.

Isso porque, tão logo nomeado pelo juízo, tomando-se para si a Administração Judicial do processo, lhe incumbe o cumprimento de diversos atos procedimentais, os quais são necessários para que a demanda se sustente de forma transparente durante todo o seu percurso processual.[273]

Alicerçado nisso e tendo em mente que a recuperação judicial e a falência tratam-se de processos, em tese, deveras complexos, segue evidente a importância do Administrador Judicial em manter uma rede estritamente profissional, especializada no segmento, detendo capacidade estrutural e equipe multidisciplinar, capacitada e experiente, capaz de realizar uma análise contábil e elaborar os relatórios técnicos exigidos pela Lei, para fins de prestação de contas, sobretudo, em observância ao determinado no art. 22, inciso II, alínea "c", da Lei 11.101/05. Tudo isso vem implicando maior cautela nas nomeações promovidas pelo juízes que, com acerto, têm buscado fomentar a profissionalização deste ator de tamanha importância para o processo.

No entanto, em que pese os apontamentos sublinhados, cabe trazer à liça situação corriqueira que parece não estar esclarecida de forma satisfatória às jurisdições externas ao processo do gênero, que seria a respeito da responsabilidade do Administrador Judicial frente às demandas em que é nomeado.

Adstrito ao ponto, é de considerável relevância compreender que o Administrador Judicial não representa judicialmente os credores, tampouco o falido, e sim, intermedeia as ditas

---

[272] "Art. 22. Ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe: [...]." Disponível em: http: <//www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm> Acesso em: 09.09.2018.

[273] MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil. 3ª. ed. São Paulo: EditoraSaraiva, 1975, p. 243.

relações, de modo que sua função limita-se em auxiliar o juiz na condução do processo, podendo-se dizer que atua como longa *manus* do juízo.

Em outras palavras, ainda que uma empresa esteja em fase de processamento da sua recuperação judicial, via de regra, permanece sob o comando dos seus efetivos representantes legais, os quais são mantidos na gestão da empresa, detendo legitimidade processual para representação em juízo da pessoa jurídica, o que encontra respaldo no art. 64[274] da Lei 11.101/05.

De acordo com tal preceito, aliás, oportuno conferir os ensinamentos do professor Ricardo Hasson Sayeg[275] que, indo além do regramento da Lei Especial 11.101/05, apresenta uma leitura conjugada com a norma processual cível, em seu art. 139 (correspondente art. 149 do CPC/2015), que assim predita em seu texto:

> Art. 149. São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias. Grifei.

Em continuidade, o referido docente trouxe enunciado publicado pelo Conselho Nacional de Justiça - na 141ª sessão ordinária, após voto do conselheiro Bruno Dantas, no Pedido sobre as Providências (0002765-85-2011.2.00.0000)[276] - cujo teor reconheceu a figura do Administrador Judicial como auxiliar do juízo (tanto na recuperação judicial quanto na falência).

Ademais, no que alude à responsabilidade do Administrador Judicial, relatou que a partir da citada providência adotada pelo CNJ – *em sua missão constitucional de controle da*

---

[274] "Art. 64. Durante o procedimento de recuperação judicial, o devedor ou seus administradores serão mantidos na condução da atividade empresarial, sob fiscalização do Comitê, se houver, e do administrador judicial, salvo se qualquer deles: incisos I ao VI [...]" Disponível em: http: <//www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm> Acesso em: 09.09.2018.

[275] SAYEG, Ricardo H. O Administrador Judicial na Lei 11.101/05 e a sua responsabilidade civil. *In*: COSTA, Daniel C. (Coord). **Comentários Completos à Lei de Recuperação de empresas e Falências.** Curitiba: Editora Juruá, 2015. vol. 1. p. 142/143.

[276] CONSELHO ACIONAL DE JUSTIÇA. **Providência nº 0002765-85-2011.2.00.0000**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pjecnj/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=cf6a1cbaacfeb92d9459ab31eca4e00439b484d172d84d8e>. Acesso em: 24 de ago. 2018.

atuação administrativa do Poder Judiciário, consagrada no §4º do art. 103-B[277] *da Carta Maior*, além do reconhecimento ímpar do Administrador Judicial como auxiliar do juízo, expediu comunicado alerta aos juízes trabalhistas de todo o País, a bem de evitar possíveis imprecisões a respeito no encargo profissional, que embora isso, constantemente ocorre[278].

Dito isso, não há que se confundir a figura do Administrador Judicial com o empresário, sócio ou dirigente da sociedade empresária, estando assegurado, ainda, pela garantia constitucional do agente público de não ser processado diretamente pela parte lesada, eis que não responde pelas dividas da empresa em recuperação judicial ou em estado falimentar.

Portanto, a partir das assertivas alinhadas, vai acentuado que o desempenho do Administrador Judicial está restrito pelos verbos atuar, executar e fiscalizar, correspondendo à obrigação de meio e não de resultado, o que reforça a ideia de que o insucesso da demanda não configura, por si só, a deficiência na atuação do profissional enquanto auxiliador do juízo[279].

Logo, percebe-se o caráter transformador que os processos de recuperação judicial e falência vem percorrendo, o que revela uma verdade incontroversa. À percepção desta realidade, é que deve ser considerado pelos juízes, quando da escolha e nomeação do profissional, não só o grau de complexibilidade e o volume do endividamento da empresa, como também o contexto de todas as áreas profissionais que dizem respeito ao processo, reunindo em suas competências os conhecimentos jurídicos, contábeis, administrativos e econômicos, no que chamamos de um verdeiro processo pluridisciplinar.

Em uma tônica moderna, é que muitos magistrados optam, acertadamente, em incentivar a formação de empresas multiprofissionais para atuarem como seu auxiliar, o que garante uma visão mais acurada do processo como um todo.

Nessa conjuntura, ao mesmo tempo que essas inovações vieram à tona, surgiram, também, as inquietações manifestas pela sociedade, mormente por credores, que inconformados com certas questões consignadas pela norma, se mantiveram resistentes, fomentando

---

[277] "Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009). § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)". BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

[278] COSTA, Daniel Carnio. **Comentários Complexos à Lei de Recuperação de empresas e Falências** (Ricardo Hasson Sayeg). vol. 1. Curitiba: Editora Juruá, 2015, p. 150/151.

[279] COSTA, Daniel Carnio. **Comentários Complexos à Lei de Recuperação de empresas e Falências** (Ricardo Hasson Sayeg). vol. 1. Curitiba: Editora Juruá, 2015, p. 150/151.

incessantemente às mudanças, sendo esta atitude, um dos fatores que abriu portas ao movimento do Projeto de Lei 10.220/2018 - que, ao que tudo apresenta, visa alterar certos dispositivos importantes da Lei de falência e recuperação judicial e extrajudicial –, sob o argumento de suprir a essa inquietute popular.

Entrementes, para melhor contextualizar, o aludido projeto tomou forma e após assinado pelo Presidente da República, Michel Temer, foi encaminhado ao Congresso Nacional em maio do corrente ano[280].

De toda sorte, após a leitura do Projeto de Lei, que apresenta mudanças significativas no texto legal, algumas entidades já discutem a possibilidade de discutir maneiras de evitar que o Projeto seja de pronto aprovado, tanto que já existem proposições de alteração do seu conteúdo na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados[281] – sujeita à apreciação do Plenário, o que promete intenso debate acerca do assunto.

Na hipótese, fazendo um breve contraponto ao exercício do Administrador Judicial, dentre os limites desta resenha, cabível advertir que as disposições enumeradas no projeto parecem ir de encontro à profissionalização do *expert*, na medida em que afasta a segurança jurídica, colocando em cheque a atuação profissional, bem assim, retira os parcos recursos delimitados no art. 31 da Lei vigente, deduzindo as especificidades concretas para fins de destituição do administrador judicial do encargo.

Objetivando melhor elucidar parte das intensões que compõe o projeto, uma das ideias lançadas articula que, quando da realização da Assembleia Geral, os credores terão o direito em deliberar acerca da destituição do Administrador Judicial nomeado, sem quaisquer argumentos, o que retira por inteiro a segurança jurídica e qualquer pretensão de especialização no segmento. Essa linha nos parece desqualificar a figura do Administrador Judicial, situação que com toda a certeza faz jus à maior prudência.

Vale dizer que a intensão aqui não pretende arredar o direito dos credores, muito menos afastar o princípio da soberania dos credores na votação do plano, mas sim, homenagear o espírito da preservação da empresa, arrimado no art. 47 da Lei 11.101/05, mantendo a função social e o estímulo na produção e atividade econômica, exigências essas que reivindicam a

---

[280] BRASIL. Projeto de Lei nº 10220/2018. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/propmostrarintegra;jsessionid=32819E56E190ED66F475C865C135AF14.proposicoesWebExterno1?codteor=1658833&filename=PL+10220/2018>. Acesso em: 24 de ago. 2018.

[281] BRASIL. Projeto de Lei nº 10220/2018. Disponpivel em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc61.htm#art1>. Acesso em: 09.09.2018.

condução de um profissional competente e idôneo para conduzir de forma precisa esse caminho processual.

Longe de exaurir o tema, as considerações apresentadas visam provocar um interesse pelo assunto com mais afinco, objetivando a criação de ferramentas ao Administrador Judicial, *para que este possa contribuir com a retirada do processo de recuperação de empresas que efetivamente não possuam as condições de recuperação e que, se mantidas operando, possam vir a criar maiores prejuízos aos credores e principalmente à sociedade*[282].

3. A FUNÇÃO TRANSVERSAL DO ADMINISTRADOR JUDICIAL

Conforme explanado no capítulo anterior, é sabido que o Administrador Judicial tem atuação de extrema relevância nos processos de recuperação judicial e falência, cujas atribuições e responsabilidades são estritamente delineadas pela legislação especial (Lei 11.101/2005). Poderia se dizer, aliás, que como ator da recuperação judicial, detém papel central para um desenvolvimento eficaz do processo.

Abordando-se as funções ordinárias do Administrador Judicial, nos casos de recuperação judicial, basicamente, estas consistem em: enviar correspondência aos credores noticiando a indicação do seu crédito; fornecer informações solicitadas pelos credores interessados; elaborar a relação de credores de que trata o art. 7º, §2º, da Lei 11.101/2005 e consolidar o quadro-geral de credores; requerer ao juiz a convocação da assembleia-geral de credores; fiscalizar as atividades do devedor e o cumprimento do plano de recuperação judicial; requerer a falência no caso de descumprimento de obrigação assumida no plano de recuperação; apresentar relatório mensal das atividades do devedor; e apresentar o relatório sobre a execução do plano de recuperação (art. 22, incisos I e III, da Lei 11.101/2005).

Todavia, sobrelevadas tais premissas, é incontestável que a atuação do Administrador Judicial pode ser dilatada e amplificada, com o fito de colaborar verdadeiramente com os objetivos da Lei.

---

[282] FIORE, Luiz Alberto. **A função do Administrador Judicial na Recuperação Judicial**. Turnaround Management Association do Brasil - TMA Brasil. Disponível em <http://www.tmabrasil.org/materias/artigos-de-associados/a-funcao-do-administrador-judicial-na-recuperacao-judicial>. Acesso em 24 de ago. 2018.

Isto é, o profissional nomeado deve ser capaz de assumir funções tendentes a propiciar um ambiente ainda mais compatível à recuperação da empresa, não só impulsionando o processo judicial, mas, também, aparando as arestas que afetam o processo, e concebendo um canal de comunicação entre empresa, juízo, ministério público e credores, de modo a permitir a transição do fluxo de informações.

Conforme pontuado por João Pedro Scalzilli[283], as atribuições previstas na Lei seriam elencadas de forma exemplificativa, vez que a atuação do profissional deve ser conduzida em busca do êxito do processo.

O Juiz de Direito da 1ª Vara de Falências da Comarca de São Paulo, Dr. Daniel Carnio Costa, intitula as funções não positivadas na Lei como funções transversais, já que transcendem o rol taxativo que é imposto ao profissional. Afirma que essas funções *"não são relacionadas diretamente às linhas de trabalho já definidas em Lei, mas que decorrem da interpretação adequada da Lei"*[284].

Assim, com participação ativa nos processos, que vão aqui estabelecidas em uma linha cronológica do andar da recuperação judicial, tem-se, primeiramente, que o Administrador Judicial deve de maneira eficiente enviar as correspondências aos credores arrolados, ou seja, deverá fazê-lo com a maior brevidade possível, proporcionando que tomem conhecimento do processo e do seu crédito tão logo seja deferido o processamento da recuperação judicial.

Bem assim, com a era tecnológica, deverá criar mecanismos para facilitar o recebimento das divergências de créditos pelos credores, tirar dúvidas e abreviar o sentimento de incerteza que a grande maioria experimenta nessa fase inicial.

Por conseguinte, impreterível que exerça uma verificação minuciosa de todos os créditos que foram arrolados pela empresa devedora, não se limitando a apurar tão somente aqueles créditos divergentes. Nesse *múnus* público, está a iniciativa em empregar todas as diligências necessárias para se obter a verdade real de cada crédito.

Tal exame, inibirá a ocorrência de fraudes, a constatação de conflitos de interesses e, não menos importante, a prevenção de que tais discussões acarretem no aumento do

---

[283] SCALZILLI, João Pedro. **Recuperação de empresas e falência**: teoria e prática na Lei 11.101/2005 / João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli, Rodrigo Tellechea. São Paulo: Almedina, 2017, p. 197.

[284] COSTA, Daniel Carnio. **O administrador judicial moderno**. Valor econômico. Disponível em <https://www.valor.com.br/legislacao/4993564/administrador-judicial-moderno>. Acesso em 24 de jul. 2018.

ajuizamento de incidentes judiciais, ao encontro dos princípios da economia e da eficiência processuais.

Ultrapassada essa fase, está a confirmação da apresentação do plano de recuperação judicial dentro do prazo legal estabelecido. Não só neste caso, imperativa a fiscalização do cumprimento de todos os prazos que a Lei preconiza, demonstrando, como resultado adequado de sua atuação, o aprimoramento da eficiência do processo.

Também caracterizado como função transversal, está o impulso dos incidentes de habilitação e impugnação de créditos, com a finalidade de solucionar com brevidade e êxito estes processos, que em grande número abarrotam o poder judiciário. Nesse ínterim, deverá não só exprimir o seu parecer, mas "*agir como um catalizador de consensos, mediando conflitos pontuais e permitindo que o processo atinja os seus objetivos maiores*".[285]

Logo, com o fito de criar soluções para que a lei seja bem aplicada, deverá permitir um ambiente propício à interação e mediação das partes.

Na fase da assembleia geral de credores, não deverá assistir passivo as discussões entre credores e devedora, tendo a incumbência de coibir assuntos despropositados que desvirtuem à ordem do dia para a qual foi convocada, e desbordem o tema da recuperação judicial. Por outro viés, é indispensável a formação de uma esfera de negociações, neste momento crucial em que se decide o futuro da empresa.

O fiel desempenho de suas funções transversais, na era digital, também está calcado na elaboração de portais eletrônicos, como meio de operacionalizar o envio de documentos pelos credores, propiciar acesso às principais peças e relatórios do processo, esclarecer de dúvidas, entre outros incontáveis proveitos.

Além disso, a inserção de recursos tecnológicos tende a agilizar as votações nas assembleias, compilando os votos de forma ágil, e garantindo aos interessados maior transparência nas deliberações. Portanto, os profissionais devem estar atentos em oferecer um serviço diferenciado, conferindo melhoria na apuração dos dados, no aperfeiçoamento dos fluxos de informações e no gerenciamento dos dados do processo.

Ainda, entende-se que também classificada como função transversal, está a emissão de relatórios mensais que não contemplem tão somente uma análise das atividades da empresa, a

---

[285] COSTA, Daniel Carnio. **O administrador judicial moderno**. Valor econômico. Disponível em <https://www.valor.com.br/legislacao/4993564/administrador-judicial-moderno>. Acesso em 24 de jul. 2018.

partir de uma verificação contábil. Mais aprofundado, deverá conter um diagnóstico das dificuldades enfrentadas e a constatação dos desafios para a superação da crise. Nesse sentido, permitindo a demonstração ao juízo e interessados dos aspectos econômicos do mercado na qual está inserida, deverá avaliar as perspectivas das atividades, exprimindo a verdadeira realidade àqueles que atuam ou assistem de longe o processo de recuperação judicial.

Consequentemente, a partir de visitas periódicas na empresa, poderá identificar e até mesmo coibir, que haja desvio de ativos, fraudes no processo ou qualquer desvirtuamento do instituto, sempre reportando ao juízo os fatos e circunstâncias relevantes.

No tocante ao controle de legalidade do plano de recuperação judicial, é imperioso que identifique ilegalidades patentes, abuso de direito ou contrariedades legais – ainda que aprovadas pelos credores -, ressaltando que a inviabilidade econômica, ainda que exteriorizada pelo profissional, não pode ser causa isolada ao impedimento da concessão do instituto, inobstante a factibilidade da proposta deva ser ponderada.

Contextualizando todo o cenário, Manoel Justino Bezerra Filho[286] leciona que o sucesso de uma recuperação judicial ou falência, está diretamente relacionado à atuação e o comprometimento do Administrador Judicial, citando que um profissional diligente, por exemplo, saberá trazer bens e recursos para a massa, que um negligente sequer pensaria existir.

Na mesma linha de raciocínio, ensina o renomado autor Paulo Fernando[287], que um Administrador Judicial com características proativas e conhecedor do assunto, *saberá fazer ilações, descobrir fatos que se supunham ficar ignorados, ganhar causas que a omissão poderia conduzir ao fracasso*.

Nesse cenário, como ingredientes de sua função, destaca-se o caráter fiscalizador, catalisador, investigativo, proativo, e técnico, que devem indubitavelmente compor as características do profissional escolhido.

Ao fim e ao cabo, a finalidade da exigência no atendimento dessas atribuições, é ter um Administrador Judicial que, atuando como figura presente, possa contribuir no aumento da taxa de sucesso dos feitos dessa natureza, à luz dos princípios que permeiam a legislação especial.

---

[286] BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Nova lei de recuperação e falências comentada** / Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, comentário artigo por artigo. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005.

[287] TOLEDO, Paulo Fernandes Campos Salles de. **A disciplina jurídica das empresas em crise no brasil:** sua estrutura institucional. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Malheiros, n.122, 2001, p. 171.

4. CONCLUSÃO

O presente artigo gravitou ao redor da profissionalização do Administrador Judicial, suas funções e responsabilidades, sob a égide da vigente Lei nº 11.101/05, fazendo comparativos com o Decreto-Lei nº 7.661/45.

Outrossim, discorreu-se quanto às atribuições incumbuidas ao cargo, as quais encontram-se abarcadas no artigo 22, da Lei nº 11.101/05.

Referiu-se, por conseguinte, quanto à imprescindibilidade de eficiente Administrador Judicial para o efetivo e regular trâmite dos processos dessa natureza.

Nesse vértice, adentrou-se no tema o Projeto de Lei que trata da nova Lei de falência e recuperação judicial e extrajudicial – possivelmente confrontante com a profissionalização do Administrador Judicial.

Por sua vez, o segundo capítulo teve por intento analisar as funções transversais do Administrador Judicial, demonstrando como vetor de impulso processual, os encargos ampliados que o profissional pode adotar para um eficiente andamento processual – notadamente, na recuperação judicial.

Como visto, o desfecho da atuação do Administrador Judicial, que forma um dos pilares que sustentam o andamento da recuperação judicial, implica diretamente no sucesso do procedimento. Exatamente por isso, é que deve ter condições técnicas e experiência para bem desempenhar as atribuições cometidas por lei, e aquelas que decorrem da sua proatividade.

Portanto, com o escopo de garantir uma distribuição proporcional dos interesses das partes, a atuação de um profissional especializado e detido de boas práticas, certamente proporciona maior interação, melhor fluxo de informações, e atinge diretamente o objetivo do instituto.

REFERÊNCIAS

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Nova lei de recuperação e falências comentada / Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, comentário artigo por artigo. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 7.661/ 45. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del7661.htm]. Acesso em 27.08.2018.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: http: <//www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm> Acesso em: 09.09.2018

BRASIL. Projeto de Lei nº 10220/2018. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/propmostrarintegra;jsessionid=32819E56E190ED66F475C865C135AF14.proposicoesWebExterno1?codteor=1658833&filename=PL+10220/2018>. Acesso em: 24 de ago. 2018.

COELHO. Fábio Ulhoa. Código Comercial e Legislação Comercial Anotados. 6ª ed. São Paulo: Editora Samiva, 2003.

CONSELHO ACIONAL DE JUSTIÇA. Providência nº 0002765-85-2011.2.00.0000. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pjecnj/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=cf6a1cbaacfeb92d9459ab31eca4e00439b484d172d84d8e>. Acesso em: 24 de ago. 2018.

COSTA, Daniel Carnio. Comentários Complexos à Lei de Recuperação de empresas e Falências (Ricardo Hasson Sayeg). vol. 1. Curitiba: Editora Juruá, 2015.

COSTA, Daniel Carnio. O administrador judicial moderno. Valor econômico. Disponível em <https://www.valor.com.br/legislacao/4993564/administrador-judicial-moderno>. Acesso em 24 de jul. 2018.

FIORE, Luiz Alberto. A função do Administrador Judicial na Recuperação Judicial. Turnaround Management Association do Brasil - TMA Brasil. Disponível em <http://www.tmabrasil.org/materias/artigos-de-associados/a-funcao-do-administrador - judicial-na-recuperacao-judicial>. Acesso em 24 de ago. 2018.

MAMEDE, Gladston. Falência e de recuperação de empresas. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil. 3ª. ed. São Paulo: EditoraSaraiva, 1975

SAYEG, Ricardo H. O Administrador Judicial na Lei 11.101/05 e a sua responsabilidade civil. In: COSTA, Daniel C. (Coord). Comentários Completos à Lei de Recuperação de empresas e Falências. Curitiba: Editora Juruá, 2015. vol. 1.

SCALZILLI, João Pedro. Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005 / João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli, Rodrigo Tellechea. São Paulo: Almedina, 2017.

TOLEDO, Paulo Fernandes Campos Salles de. A disciplina jurídica das empresas em crise no brasil: sua estrutura institucional. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Malheiros, n.122, 2001.

CONTROLE JUDICIAL DA LEGALIDADE DOS PLANOS DE RECUPERAÇÃO

Luis Henrique Guarda[288]

Gustavo de Assis Guedes[289]

RESUMO: Este estudo tem por objetivo apresentar uma breve reflexão sobre um tema de grande relevância no âmbito do direito recuperacional, qual seja, o limite do controle jurisdicional sobre decisões tomadas pelos credores no que se refere a conteúdo econômico financeiro dos planos de recuperação judicial se baseando a analise nas diversas etapas que constituem o procedimento desde apresentação efetiva do plano no prazo de 60 dias após o deferimento do processamento desta, passando pela crivo da apresentação ou não de objeções a proposta, sua analise pelos credores em assembleia e por fim sua homologação e concessão final pelo magistrado.

Palavras chave: Legalidade. Controle. Planos de recuperação. Limites. Possibilidades. Lei de Recuperação e Falências

Sumário: 1.Introdução. 2. Formas de Controle de Legalidade. 3. Da Supremacia do Interesse dos Credores. 4.Conclusão. Bibliografia

1 INTRODUÇÃO

Frente a crise econômica que passa o país, o numero de empresas que buscaram no processo de recuperação judicial, uma salvaguarda para seus negócios, praticamente dobrou se comparados os anos de 2016 ao de 2013, ano pré-crise.

Segundo dados da Serasa Experian[290], em 2013 foram requeridas cerca de 874 recuperações judiciais em todo país. Já no ano de 2016, quando se acredita que o auge da crise tenha chegado ao extremo, o número de pedidos saltara para 1.863, ou seja, um crescimento em números absolutos de 113,15% em apenas 3 anos!

Com isso no período compreendido entre 2013 e 2016, quando o ápice da crise atingiu o seu marco histórico, a lei 11.101/15 (Lei de Recuperações e Falências) sofreu verdadeiro "teste" de sua integridade e relação com a realidade econômica do mercado.

---

[288] Advogado. Atua como administrador judicial em processos de recuperação judicial e falências por todo o Estado do Rio Grande do Sul. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Paulista – UNIP, Pós-Graduado em Direito Cível pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS e Bacharel em Administração de Empresas Pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS.

[289] Advogado. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS e Pós Graduado e Direito Empresarial pela UniRitter - Laureate International Universities.

[290] https://www.serasaexperian.com.br/amplie-seus-conhecimentos/indicadores-economicos

Algumas situações, pouco ou quase nada cogitadas, passaram a ser alvo de análises específicas e diretas pelas cortes superiores, bem como analisada com veemência no campo da doutrina.

Uma das grandes discussões e que será alvo da analise deste artigo, está vinculada ao poder dos magistrados em interferir nos planos de recuperação judicial apresentados, sob alegado controle de legalidade dos mesmos em sobreposição a tomada de decisão, em assembleia, pelos próprios credores e diretamente interessados.

Por exemplo, pode o juiz titular de determinada recuperação judicial declarar nula cláusula que prevê o integral perdão de dívida, se os credores, em assembleia soberana, assim o aprovaram?

Este artigo, com base na doutrina e na jurisprudência, buscará, de forma objetiva, analisar essa questão com base em duas óticas: a primeira, sobre a análise da legalidade dos atos tomados pelos credores antes da própria assembleia; e a segunda, se limitará a avaliar eventual possibilidade de controle judicial da vontade dirigida pelos próprios credores na assembleia.

2 DAS FORMAS DE CONTROLE DE LEGALIDADE

Uma das grandes diferenças entre o antigo DL. 7661/45 e a atual lei de falências (11.101/05) está na participação direta de todos aqueles que realmente possuem interesse na manutenção da atividade produtiva da empresa, quais sejam, os credores e trabalhadores vinculados à companhia.

Esta participação, além da vinculação direta na solução do problema, permite aos interessados o controle de praticamente todos os atos e procedimentos do processo de recuperação judicial.

Além dos próprios credores, todo o procedimento é regido pela intervenção direta do Ministério Público, do administrador judicial nomeado e, por fim, do próprio juiz titular, a quem cabe a última palavra nas decisões atinentes ao processo de recuperação judicial.

Este controle e fiscalização tem por escopo principal analisar, de forma clara, os atos praticados pelo devedor durante o processo, a legalidade da proposta ofertada e suas consequências econômicas, seja para a própria empresa, seja para os credores e outras ações vinculadas ao procedimento recuperacional.

Ponto alto da reforma foi o fortalecimento da figura da assembleia de credores, onde neste ato é concedido aos credores o direito de opinar e votar a favor ou contra o plano de reestruturação apresentado.

Por se tratar de ato que não detém a participação direta do magistrado, é este o momento, claro, onde há o maior volume de discussões no feito.

Comumente com a aprovação ou rejeição de planos de recuperação judicial, que claramente contrariam interesses de alguns credores ou do próprio devedor, há por parte destes a propositura de medidas judiciais visando anular ou contestar o resultado da assembleia, trazendo à baila discussões como legalidade de cláusulas, votos abusivos, incorreção de quórum de votação etc.

Neste pressuposto, a doutrina e a jurisprudência pátria têm compreendido que cabe aos magistrados o poder de realizar o controle da legalidade sobre elementos formais e legais da assembleia, mas não podendo se manifestar sobre fatos econômico-financeiros dos planos apresentados, respeitando-se, assim, a chamada soberania da assembleia.

Para tanto, neste sentido importante destacar decisão recentes do STJ, o qual, sob relatoria da Min. Nancy Andrighi, assim decidiu:

> RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONTROLE DO MAGISTRADO SOBRE O PLANO DE SOERGUIMENTO. APROVAÇÃO DA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES. VIABILIDADE ECONÔMICA. SOBERANIA DA AGC.
> LEGALIDADE. VERIFICAÇÃO PELO JUDICIÁRIO. REEXAME DE FATOS E PROVAS E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. INADMISSIBILIDADE. 1.Processamento da recuperação judicial deferido em 24/05/2013.Recurso especial interposto em 04/11/2014 e atribuído ao Gabinete em 25/08/2016.2. A ***jurisprudência das duas Turmas de Direito Privado do STJ sedimentou que o juiz está autorizado a realizar o controle de legalidade do plano de recuperação judicial, sem adentrar no aspecto da sua viabilidade econômica, a qual constitui mérito da soberana vontade da assembleia geral de credores***.3. O reexame de fatos e provas e a interpretação de cláusulas contratuais em recurso especial são inadmissíveis. 4. Recurso especial não provido.
> (REsp 1660195/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 10/04/2017) (Grifos Nossos)

Ainda, sobre o assunto, em perfeita analise o D. Magistrado Daniel Carnio Costa[291], juiz titular da Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo, em artigo vinculado ao tema, destacou que entende que tal controle é realizado em 4 fases distintas, quais sejam:

1º Controle da Legalidade das cláusulas;

2º Verificação de vícios na aprovação do plano pelos credores em AGC.

3º Analise da legalidade da extensão das cláusulas aprovadas;

4º Apuração da Existência do voto abusivo.

De forma sumária, a análise da legalidade do plano de recuperação por parte do Magistrado ocorre em dois momentos distintos, quais sejam, antes e depois da realização da assembleia.

No período anterior a realização da assembleia, especificamente no prazo compreendido entre a apresentação do plano, a ocorrência de objeções e por fim a autorização da designação da data da assembleia, o controle da legalidade se dá basicamente sobre a averiguação da existência de cláusulas do plano de recuperação judicial consideradas ilegais.

Neste ponto, de forma efetiva e simples, cabe às partes envolvidas no próprio procedimento, apresentar e analisar os termos do plano apresentado que evidentemente violem a própria lei.

Evidentemente que o Poder Judiciário não poderia permitir sequer a análise de tal tema, visto que visivelmente contraria legislação especifica.

Há casos já apurados no poder Judiciário em que ao se avaliar um plano de recuperação judicial comumente se depara com propostas que preveem deságios (e quanto a isso não há ilegalidade formal), porém o próprio devedor requer a aplicação das benesses do plano especial contido no artigo 72 da LFR (Plano Especial)[292].

De maneira direta, nestas situações o devedor expressamente renunciava às cláusulas do termo especial do artigo 71 da LFR[293], e portanto, deveria submeter sua proposta ao crivo

---

[291] O critério Tetrafasico de controle judicial do plano de recuperação judicial - http://www.migalhas.com.br/InsolvenciaemFoco/121,MI267199,41046-O+criterio+tetrafasico+de+controle+judicial+do+plano+de+recuperacao

[292] Art. 72. Caso o devedor de que trata o art. 70 desta Lei opte pelo pedido de recuperação judicial com base no plano especial disciplinado nesta Seção, não será convocada assembléia-geral de credores para deliberar sobre o plano, e o juiz concederá a recuperação judicial se atendidas as demais exigências desta Lei.

[293] Art. 71. O plano especial de recuperação judicial será apresentado no prazo previsto no art. 53 desta Lei e limitar-se á às seguintes condições:

dos credores em assembleia, se objeção houvesse. Entretanto de forma contraditória, pedia a aprovação do plano nos termos do artigo 72 da LFR, ou seja, sem assembleia.

Evidentemente, em tais situações os magistrados devem exercer o controle da legalidade do ato determinando de forma sumaria a retificação do plano para que este se adeque aos termos do artigo 71 da LREF ou, renunciando ao plano especial, que o mesmo seja submetido aos efeitos de objeções e por consequência futura assembleia de credores.

De qualquer forma, situações como a narrada acima não ocorrem com regularidade, vez que a grande maioria das propostas têm por objeto basicamente parcelamento e deságio de créditos, bem como autorizações descritas no artigo 50 da lei 11.101 de 2005[294].

A segunda etapa de análise e na qual ocorrem as principais discussões, se verifica diretamente após a realização de assembleias, seja com aprovação ou rejeição dos planos apresentados.

Basicamente, as principais discussões se atêm à apuração da correção do quórum que aprova ou rejeita o plano em assembleia, vícios de consentimento dos próprios credores, existências de simulações ilegais na formação da votação, ilegalidade de decisões sobre cláusulas extensivas à terceiros e, por fim, a ocorrência de abusividade de voto na assembleia por parte de um ou mais credores.

Nesta etapa da análise, que evidentemente só ocorre após a realização da assembleia, passa o magistrado a averiguar de forma direta as atuações dos próprios entes responsáveis pelo feito.

É nesta etapa que a percepção e atuação do administrador judicial se faz importante, a fim de evitar vícios que maculem o próprio certame.

Cabe ao Poder Judiciário, neste ato representado pelo administrador judicial nomeado, fiscalizar a correta formação das maiorias, seja pela aprovação ou seja pela rejeição do plano.

A discussão sobre valores e percentuais de votação e a possibilidade de determinados credores participarem do certame, é elemento primordial para que não seja a assembleia maculada e por sua vez anulada.

Comumente, credores desconhecem os critérios e requisitos mínimos para participação em assembleia, como os descritos no artigo 37, Parágrafos 3º a 6º, da Legislação Falimentar[295].

---

[294] Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:
[295] Art. 37. A assembléia será presidida pelo administrador judicial, que designará 1 (um) secretário dentre os credores presentes.

Exemplo típico é o comparecimento de credor, representado por procurador, sem que este tenha se habilitado no prazo previsto em lei, como comumente ocorre.

O administrador judicial, como presidente da assembleia, deve vetar a participação na votação deste credor, eis que do contrário, eventual maioria, se apertada, poderia ser contaminada por votação indevida.

Ainda mais na hipótese de eventual erro de cálculo na votação, onde se considera peso maior a um credor do que eventualmente a outro, também pode ser elemento que macule o certamente.

Tais exemplos servem de anteparo para demonstrar que o controle da legalidade não se limita apenas a averiguação de elementos primordialmente processuais, podendo se estender a elementos fáticos e práticos como a própria votação do plano.

Outro elemento importante a ser analisado é a participação do administrador e a verificação da extensão da decisão tomada pelos próprios credores, as quais violem artigos de lei.

Um dos melhores exemplos conhecidos na prática é a tentativa de aprovação de um plano que prevê a exclusão de coobrigados em contratos de financiamento bancários, inclusive para credores que não estavam presentes ao ato e, portanto, não anuíram com a disposição.

No caso em apreço, tal cláusula não poderia ser aplicada aos credores não aderentes expressamente ao plano, sob pena de violação de artigo da própria lei falimentar, qual seja, artigo 49 Parágrafo. 1º.[296]

Embora comumente advertidos acerca da ilegalidade, as recuperandas insistem na aprovação do plano nos moldes ali propostos.

(...)
§ 3º Para participar da assembléia, cada credor deverá assinar a lista de presença, que será encerrada no momento da instalação.
§ 4º O credor poderá ser representado na assembléia-geral por mandatário ou representante legal, desde que entregue ao administrador judicial, até 24 (vinte e quatro) horas antes da data prevista no aviso de convocação, documento hábil que comprove seus poderes ou a indicação das folhas dos autos do processo em que se encontre o documento.
§ 5º Os sindicatos de trabalhadores poderão representar seus associados titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho que não comparecerem, pessoalmente ou por procurador, à assembleia.
§ 6º Para exercer a prerrogativa prevista no § 5º deste artigo, o sindicato deverá:

[296] Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.
§ 1º Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

Tal fato, evidentemente levado a conhecimento do juízo recuperacional pelo administrador judicial, o leva a declarar a nulidade da clausula em especifico, exercendo assim novo controle de legalidade.

Outro elemento recorrente é a aprovação de planos que preveem condições econômicas piores do que as originalmente previstas, em clara afronta ao previsto no artigo 56, Parágrafo 3º, da LFR[297], aos credores ausentes.

Em algumas situações, aproveitando-se da ausência de credores de uma das classes, há casos em que as devedoras propõe alterações aos planos de Recuperação Judicial prevendo formas de pagamento em condições piores das anteriormente previstas e apresentadas em seu plano original.

Novamente, com amparo e a manifestação do administrador judicial cabe ao Podero Judiciario, exercendo seu controle de legalidade, decretar a nulidade do ato.

Por fim, no que se refere ao controle da legalidade após a aprovação ou rejeição do plano de recuperação judicial, sem dúvida alguma está a análise da existência de abusividade de voto do credor quando do exercício do seu direito em assembleia.

Neste ponto perdura um dos assuntos mais debatidos nos Tribunais deste país, eis que claramente a subjetividade do tema bate às portas do magistrado.

Qual o limite entre o exercício simples do voto ou abusividade do mesmo ato?

Não há na legislação qualquer critério objetivo que permita ao magistrado se utilizar na hora de analisar a atitude de determinados credores em assembleia.

Um credor que possua um volume grande de crédito isoladamente em determinada classe pode, por questões particulares, exigir pagamento muito diverso dos demais credores das outras classes, sob pena de levar toda uma empresa e sua função social à bancarrota?

A jurisprudência tem compreendido que o voto em assembleia tem por condão muito maior do que uma simples concordância ou recusa, visto que este tem por objeto funções sociais previstas expressamente na lei de quebras, especialmente em seu artigo 47[298].

---

[297] Art. 56. Havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz convocará a assembléia-geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação.
(...)
§ 3º O plano de recuperação judicial poderá sofrer alterações na assembléia-geral, desde que haja expressa concordância do devedor e em termos que não impliquem diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes.

[298] Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Por esta razão, cabe ao credor o exercício direto do voto, mas incumbe ao judiciário apurar se este voto possui razões claras ou representa um mero interesse particular e que vai de encontro aos princípios basilares da lei de falências, em especial ao previsto no artigo 47 da lei falimentar.

Neste sentido, importante mencionar lição trazida pelos Ilustres doutrinadores João Pedro Scalzilli, Rodrigo Telechea e Luiz Felipe Spinelli[299] que com maestria descrevem claramente quais são os princípios basilares do exercício do voto em assembleia:

> 9.4. Finalidade do voto
> O voto é um mecanismo de defesa do interesse creditício, de modo que seu exercício por parte do credor deve estar pautado pela satisfação honesta e leal de seu credito. Essa é a "finalidade econômica[300]" do voto. Perseguindo esse objeto os credores cumprem seu papel no procedimento assemblear recuperatório[301].
> Porém um dos objetivos centrais do art. 47 é garantir uma deliberação justa e consentânea com os propósitos da LREF. Nesse partícula, o voto representa instrumento essencial para a concretização do principio da preservação da empresa., diretriz valorativa basilar do direito concursal brasileiro, especialmente, em atenção aos interesses que gravitam em torno da organização empresarial. Essa a "finalidade social" do voto, embora sujeito a determinados temperamentos individuais, impede o exercício do voto abusivo.

Nestes termos, resta claro que os votos dos credores são livres no que se concerne aos termos econômicos do plano, mas devem se filiar aos princípios específicos da lei falimentar, em especial o do artigo 47, que trata da manutenção da atividade econômica e social da empresa, cabendo ao poder Judiciário coibir o chamado abuso do voto.

3 DA SUPREMACIA DO INTERESSE DOS CREDORES

Ultrapassada a análise do controle da legalidade, passa-se a analisar a questão envolvendo eventual possibilidade de controle judicial sobre a própria decisão tomada, neste aspecto vislumbrado basicamente no que se refere aos termos do plano.

---

[299] Scalzilli, João Pedro. Recuperação de empresas e falência: teoria e pratica na lei 11.101/2005/João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli, Rodrigo Telechea. – São Paulo: Almedina, 2016. Pag. 207

[300] Cerezetti. Sheila Christina Neder. A recuperação Judicial de sociedade por ações – São Paul, Malheiros 2012. p. 300

[301] Buschinelli, Gabriel Saad Kik. Abuso do Direito de voto na assembleia geral de credores. São Paulo: Quartier Latin, 2014. Pag. 74

Pode ou não o judiciário considerar cláusula abusiva a que prevê, por exemplo, a quitação integral da dívida, se esta foi aceita pela maioria e nas regras legais, dos presentes em assembleia, mesmo que não esteja presente ao ato a totalidade dos credores?

A jurisprudência mais uma vez tem compreendido que, atendido os requisitos legais já tratados no capítulo anterior, podem os credores deliberarem sobre condições financeiras e econômicas que viabilizem a continuidade da atividade da empresa.

O plano de recuperação judicial tem natureza marcantemente contratual e seu caráter econômico vincula diretamente o devedor e seus credores, ainda que estes não tenham comparecido em assembleia.

Acerca desta matéria, importante citar a lição do ilustre Professor Amauri Campinho, que assim leciona sobre o tema:

> [...] o instituto da recuperação judicial deve ser visto com a natureza de um contrato judicial, com feição novativa, realizável através de um plano de recuperação, obedecidas, por parte do devedor, determinadas condições de ordens objetiva e subjetiva para sua implementação.

No mesmo sentido, Fabio Ulhoa Coelho[302] destaca:

> O processamento da objeção ao plano de recuperação é simples. Na verdade, não cabe ao juiz apreciar o conteúdo da objeção ou decidi-la. A competência para tanto é de outro órgão da recuperação judicial: a Assembleia dos Credores. Desse modo, ao receber qualquer objeção, o juiz deve limitar-se a convocar a Assembleia. O prazo para a realização do conclave, nesse caso, não poderá exceder aos 150 dias contados do despacho de processamento da recuperação judicial. (...) As oposições ao plano são interpostas pelos credores perante o juízo recuperacional, mas não é o juiz que irá apreciá-las. O julgamento das oposições é feito pelos credores, reunidos em assembleia geral, ao votarem o plano de reorganização. Não se exige que cada oposição seja posta em votação em separado pela mesa da assembleia, posto que o resultado da votação do plano importará o implícito acolhimento ou desacolhimento das razões suscitadas pelos opoentes. (...) Na tramitação do pedido de recuperação judicial, não prevê a lei qualquer oportunidade para a manifestação do administrador judicial sobre o plano apresentado pelo devedor. Não é, mesmo, o caso de colher-se a opinião desse órgão recuperacional, posto que caberá aos credores reunidos em assembleia a decisão sobre o acolhimento, reforma ou rejeição do plano. Ademais, como o administrador judicial é o presidente da assembleia dos credores, convém que se mantenha neutro relativamente ao mérito do que vai ser objeto de deliberação. A imparcialidade do administrador judicial é garantia não só para o devedor, como para todo o conjunto de credores.

---

[302] COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas . 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 230 e 232

Diferentemente do exposto no item supra, inexiste controle de legalidade possível na apreciação dos termos contratuais do plano previsto, simplesmente porque inexiste na lei de recuperações qualquer dispositivo legal (a exceção do prazo legal de adimplemento dos credores trabalhistas), que limita prazos de pagamento ou deságio.

Ao contrário, o artigo 50, inciso I, da LFR compreende ser um dos meios de recuperação judicial a concessão de prazos e descontos, conforme se observa da transcrição do referido dispositivo legal:

> Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:
>
> I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas.

A amparar ainda mais a tese da ausência de permissão de intervenção judicial nos termos econômicos do plano, a própria lei de regência, em seu artigo 58, afirma que em não havendo objeção ao plano, este deverá ser aprovado pelo juízo competente, desde que respeitado o conteúdo de lei, conforme vislumbrado abaixo:

> Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembléia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.

Neste sentido, destaca-se decisão clara e direta sobre o assunto, proferida nos autos do Recurso Especial no. 1631762/SP [303], que bem definiu que os limites dos magistrados na análise dos planos se restringem apenas a apuração da legalidade dos atos e práticas que antecedem a sua aprovação, não podendo haver interfência nas cláusulas econômicas. Vejamos:

> RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES. APROVAÇÃO DO PLANO. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONCESSÃO DE PRAZOS E DESCONTOS. POSSIBILIDADE. 1. Recuperação judicial requerida em 4/4/2011. Recurso especial interposto em 31/7/2015. 2. O propósito recursal é verificar se o plano de recuperação judicial apresentado pelas recorrentes - aprovado pela assembleia geral de credores e homologado pelo juízo de primeiro grau - apresenta ilegalidade passível de ensejar a decretação de sua nulidade e, consequentemente, autorizar a convolação do

[303] REsp 1631762/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 25/06/2018

> processo de soerguimento em falência. 3. O plano de recuperação judicial, aprovado em assembleia pela vontade dos credores nos termos exigidos pela legislação de regência, possui índole marcadamente contratual. Como corolário, ao juízo competente não é dado imiscuir-se nas especificidades do conteúdo econômico do acordo estipulado entre devedor e credores.4. Para a validade das deliberações tomadas em assembleia acerca do plano de soerguimento apresentado, o que se exige é que todas as classes de credores aprovem a proposta enviada, observados os quóruns fixados nos incisos do art. 45 da LFRE.5. A concessão de prazos e descontos para pagamento dos créditos novados insere-se dentre as tratativas negociais passíveis de deliberação pelo devedor e pelos credores quando da discussão assemblear sobre o plano de recuperação apresentado, respeitado o disposto no art. 54 da LFRE quanto aos créditos trabalhistas.6. Cuidando-se de hipótese em que houve a aprovação do plano pela assembleia de credores e não tendo sido apontadas, no acórdão recorrido, quaisquer ilegalidades decorrentes da inobservância de disposições específicas da LFRE (sobretudo quanto às regras dos arts. 45 e 54), deve ser acolhida a pretensão recursal das empresas recuperandas.7. Recurso especial provido.

4 CONCLUSÃO

Finalizada a exposição, conclui-se que de fato no processo de recuperação judicial cabe ao magistrado, com auxilio dos demais integrantes do procedimento, exercer de forma direta o chamado controle da legalidade dos ato, que tem por único objeto a análise de questões legais atinentes aos termos do plano e o procedimento utilizado para sua aprovação.

No que se refere ao conteúdo econômico das cláusulas do plano de recuperação judicial, a compreensão, seja da jurisprudência ou da doutrina, é de que a decisão assemblear é soberana, não sendo afeto à análise de dispositivos econômico financeiros pelo Poder Judiciário.

Por esta razão, conclui-se que, em não havendo qualquer ilegalidade formal nas cláusulas do plano de recuperação judicial, bem como dos atos que levaram à sua aprovação, seria perfeitamente possível, ainda que em tese, a aprovação de um plano onde os credores aceitariam a quitação integral de seus créditos sem o respectivo adimplemento formal, com vistas à manutenção da atividade econômica.

BIBLIOGRAFIA

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Nova Lei de Recuperação e Falëncias comentada / Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, comentário artigo por artigo/ Manoel Justino Bezerra Filho – 3ª Ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005.

BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. Abuso do Direito de voto na assembleia geral de credores. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

CEREZETTI Sheila Christina Neder. A recuperação Judicial de sociedade por ações – São Paul, Malheiros 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas . 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COSTA, Daniel Carnio. O critério Tetrafasico de controle judicial do plano de recuperação judicial Disponivel em: <- http://www.migalhas.com.br/InsolvenciaemFoco/121,MI267199,41046-O+criterio+tetrafasico+de+controle+judicial+do+plano+de+recuperacao> acesso em 10/07/2018;

FAZZIO JUNIOR, Waldo. Nova Lei de falências e recuperação de empresas/ Waldo Fazzio Junior. – 2. Ed. – São Paulo: Atlas, 2005.

SALOMAO, Luis Felipe et SANTOS, Paulo Penalva. Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência - Teoria e Prática. Rio de Janeiro: FORENSE, 2012.

SCALZILLI, JOAO PEDRO. Recuperação de empresas e falência: teoria e pratica na lei 11.101/2005/João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli, Rodrigo Telechea. – São Paulo: Almedina, 2016.

ABUSO DE VOTO DE CREDORES NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS

Roberto Monlleo Martins[304]

Resumo: O presente estudo analisa as formas legalmente previstas de aprovação do Plano, conforme regras expressas da Lei nº 11.101/05, indo além, ao identificar que tais regras são insuficientes, dada a composição de créditos de acordo com o cenário econômico e financeiro do País, o que impõe o aprofundamento da análise da teoria do abuso do direito aplicável ao instituto da recuperacional, sistematizando-se a análise no presente, abordando o abuso de direito de voto conforme as características que tem sido apontadas pela doutrina e jurisprudência.

Palavras-chave: Recuperação Judicial. Plano. Abuso de Direito. Abuso de Direito de Voto. *Cram Down*.

Abstract: The present study analyzes the legally prescribed forms of approval of the Plan, according to the rules of Law 11.101 / 05, going further, by identifying that such rules are insufficient, given the composition of credits according to the economic and financial scenario of the Country, which requires the deepening of the analysis of the theory of abuse of law applicable to the institute of recovery, systematizing the analysis in the present, addressing abuse of voting rights according to the characteristics that have been pointed out by doctrine and jurisprudence.

Keywords: Judicial recovery. Plan. Abuse of Law. Abuse of Voting Rights. Cram Down.

Sumário: 1 Introdução. 2 Abuso de direito de voto. 3 Caracterização de abusividade do voto. Ausência de interesse de negociar. 3.2 Caracterização de abusividade do voto. Ausência de justificativa razoável e motivação econômica. Teste de estresse. 4 Conclusão. Bibliografia .

1 INTRODUÇÃO

O instituto da recuperação judicial, previsto na Lei nº 11.101/05, tem por objetivo a preservação da atividade empresarial, através da reorganização administrativa e financeira da empresa em crise, a fim de garantir a manutenção da fonte produtora, os empregos dos

---

[304] Sócio Diretor da Martins Rillo Advogados. Especialista em Direito Tributário, Financeiro e Econômico pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Pós Graduado em Direito Empresarial pela Pontifícia Universiade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS. Vice-Presidente da Federação de Entidades Empresariais do Rio Grande do Sul – FEDERASUL. Vice-Presidente da Comissão de Falências e Recuperação Judicial da OAB/RS. Membro associado do TMA (Turnaround Management Association) e do INSOL (International Association of Restruturing, Insolvency e Bankruptcy Professionals). Associado-fundador do IDRE (Instituto de Direito de Recuperação de Empresas).

trabalhadores e os interesses dos credores, ensejando, assim, a concretização do mandamento constitucional voltado à realização da função social da empresa.

A Lei prevê duas possibilidades para concessão da recuperação judicial, sendo que em seu art. 58, *caput*[305] está prevista a regra geral que determina que será concedida a recuperação judicial do devedor cujo plano não sofra objeções por parte dos credores ou tenha sido objeto de aprovação na Assembleia Geral de Credores.

Ainda, no §1º do art. 58[306] do referido diploma legal, denota-se que com a finalidade de coibir eventuais abusos exercidos por credores dentro de alguma classe específica, dominada por estes, ainda que sejam uma minoria em relação à totalidade de credores, o legislador, inspirado na legislação norte-americana, buscou mecanismo de flexibilização das regras gerais de aprovação por classe, e instituiu o denominado *cram down*.

No entanto, a tentativa de introdução deste dispositivo para a Lei 11.101/05 não observou os mesmos critérios do *Chapter 11*, capitulo na Lei norte-americana que trata da *Reorganization* das empresas em dificuldades naquele país. O art. 58 referido acima, claramente impõe critérios objetivos para o juiz, alternativamente, homologar o plano sem a aprovação deste em todas as classes de credores na assembleia. Trata-se de critérios exclusivamente de quórum diferenciado que, em muitos casos já analisados em recuperações judiciais no Brasil, são insuficientes para evitar prejuízos.

Na Legislação Americana, por sua vez, os critérios que autorizam a aprovação do plano pelo juiz, mesmo sem a aprovação da maioria, estão lastreados de forma subjetiva, ou seja, enfrentam a forma de conduta das partes envolvidas no processo, analisando efetivamente o caso concreto. Os principais pressupostos previstos no Chapter 11 é de que a negociação entre as partes tenha se realizado de forma justa e equitativa (fair and equitable) e de forma viável (feasible). Existe, também, a previsão de que o plano não implique em injusta discriminação entre os credores (*unfair discrimination*), mas esse ponto foi o único que foi acolhido pela Lei 11.101/05, em seu art. 58.

Desde a entrada em vigor da Lei de Recuperação de Empresas no Brasil, se verificou

---

[305] Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembléia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.

[306] Lei 11.101/05. Art. 58. [...] § 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta lei, desde que, na mesma assembléia, tenha obtido, de forma cumulativa: I – O voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes;
II – A aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas;
III – Na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1o e 2o do art. 45 desta lei.

em inúmeros casos que a forma alternativa de aprovação do plano restou insuficiente, pois efetivamente não observou a relação envolvida entre devedora e credores no caso concreto. Isso acarretou em um vasto número de processos, credores com um poder de voto elevado, que o autorizava a ditar as regras do jogo, independentemente da capacidade e possibilidade da empresa devedora cumprir com as exigências impostas por este *super credor.*

Normalmente, o que se identifica nos processos de recuperação judicial no Brasil, em virtude do próprio modelo econômico brasileiro, é a composição dos créditos sujeitos a recuperação judicial concentrada especialmente em instituições financeiras. Em virtude disso, se reconheceu um grande problema no remédio jurídico para tratar as empresas em dificuldade, uma vez que estes credores/bancos se tornaram os protagonistas dos processos de recuperação judicial.

Nesse cenário observado, analisaremos neste artigo como a jurisprudência vem se comportando frente à casos de recuperação judicial, onde existem credores que detém um poder elevado no quórum de votação do plano em assembleia e votam de forma individualista, sem justificativas e, em alguns casos, irracionalmente, demonstrando um claro abuso de direito de voto.

2 ABUSO DE DIREITO DE VOTO

O tema "Abusividade de Voto", em que pese recente na jurisprudência, já possui entendimento no sentido de proteger as empresas em recuperação judicial, notadamente pelo fato de que o seu destino não pode ser traçado por credores que não agem de acordo com os preceitos previstos na Lei n° 11.101/05.

A jurisprudência tem analisado e caracterizado muito votos de credores como abusivos, exatamente por serem votos que se mostram excedentes de critérios de razoabilidade, por não serem fundamentados ou por serem fundamentados em total contrariedade aos fins econômicos e sociais alinhados com a recuperação e o interesse dos credores em geral. Isso se dá, notadamente, quando proferidos em posição de extrema prevalência de poder econômico ou domínio de classe, que possibilitem decisões inflexíveis e irracionais diante da atribuição de direito absoluto (resultante de domínio de uma classe e/ou de um credor, com possibilidade de decisão sobre rejeição definitiva do plano, conforme critérios usuais da Lei de Recuperações).

Assim, consoante já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (RESP nº 1337989/SP), cujo trecho da decisão ora se colaciona, não pode ser dada interpretação ao caso concreto que vá de

encontro com o escopo primordial da Lei nº 11.101/05 (preservação da empresa e manutenção da fonte produtora e dos postos de trabalho), sob pena de "sepultamento" do próprio instituto da recuperação judicial:

> [...] Nessa ordem de ideias, a hermenêutica conferida à Lei 11.101/2005, no tocante à recuperação judicial, deve sempre se manter fiel aos propósitos do diploma, isto é, nenhuma interpretação pode ser aceita se dela resultar circunstância que, além de não fomentar, na verdade, inviabilize a superação da crise empresarial, com consequências perniciosas ao objetivo de preservação da empresa economicamente viável, à manutenção da fonte produtora e dos postos de trabalho, além de não atender a nenhum interesse legítimo dos credores, sob pena de tornar inviável toda e qualquer recuperação, sepultando o instituto.
> É interessante notar, também, que o novo sistema de insolvência empresarial brasileiro abandonou o movimento pendular das legislações até então observadas no cenário mundial, cuja ênfase era pela liquidação dos ativos da empresa em crise, seja prestigiando os interesses dos credores, ou ora pendendo pela proteção dos interesses do devedor e, via de regra, deixando de lado a manutenção da atividade produtiva como resultado da superação da crise da empresa.
> Agora, pela teoria da superação do dualismo pendular, há consenso, na doutrina e no direito comparado, no sentido de que a interpretação das regras da recuperação judicial deve prestigiar a preservação dos benefícios sociais e econômicos que decorrem da manutenção da atividade empresarial saudável, e não os interesses de credores ou devedores, sendo que, diante das várias interpretações possíveis, deve-se acolher aquela que buscar conferir maior ênfase à finalidade do instituto da recuperação judicial.[...] (Recurso Especial 1337989/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 08/05/2018, DJe 04/06/2018.)

Este entendimento está alinhado com o modelo legislativo que serviu de inspiração para a Lei n° 11.101/05, o Chapter 11, que regula a matéria referente a *reorganization* de empresas em crise nos Estados Unidos. A fundamentação deste entendimento tem amparo em varias situações já tratadas e consolidadas pelos tribunais superiores do Brasil, em assuntos atrelados ao Direito Empresarial.

Outrossim, conforme o disposto no art. 187 do Código Civil:

> "...Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes...".

Complementarmente ao disposto no art. 187 do Código Civil, algumas decisões apontam, na falta de dispositivo específico na Lei n° 11.101/05, a aplicação como critério orientador o disposto no art. 115 da Lei nº 6.404/76 (Lei das S.A.), que determina que o acionista deve exercer o direito de voto no interesse da companhia, sendo abusivo o voto

exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou com o fim de obter para si vantagem a qual não faça jus e da qual possa resultar prejuízos à companhia e demais acionistas.[307]

Neste exato sentido o entendimento de EDUARDO SECCHI MUNHOZ[308]:

> "...analogamente ao que dispõe o art. 155 da Lei de Sociedades Anônimas, poder-se-ia cogitar de atribuir à classe de credores o dever de votar, no processo de recuperação, segundo o interesse dos acionistas, dos demais credores e da coletividade em geral, configurando-se abuso no exercício desse direito sempre que o credor privilegiasse posições excessivamente individualistas, em detrimento dos demais interesses em jogo...".

Com esse entendimento, a norma jurídica rechaça abusividade de voto exercido em Assembleia Geral de Credores, enquanto um direito com limites dados pelas finalidades econômicas e sociais do direito, bem como limitado pelos legítimos e justos interesses dos demais credores, e pela possibilidade de continuidade da atividade empresarial com atendimento de seus fins sociais.

No que tange ao panorama jurisprudencial, vale ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado recentemente sobre o tema (sendo os primeiros e únicos julgados específicos, Recursos Especiais n. 1724056/SP e 1337989/SP, são datados, respectivamente, de 03/04/2018 e 08/05/2018), sendo o posicionamento favorável às sociedades em crise. Estas decisões serão detidamente abordadas ao longo da presente.

Como exposto, o tema é recente no STJ, havendo maior número de julgados, até mesmo por cronologia processual, nos Tribunais de Justiça dos Estados, os quais já se pode verificar vasto acervo de decisões que se coadunam com as da Corte Superior, com o encaminhamento de uma consolidação jurisprudencial favorável à concessão das recuperações judiciais e ao afastamento de votos abusivos, escorada notadamente no princípio da preservação da empresa.

Nesse sentido, fora julgado o Recurso Especial n.º 1337989/SP, de relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, cujo breve trecho se colaciona, visto que será abordado mais profundamente na sequência:

---

[307] Art. 115. O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas.(Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

[308] MUNHOZ, Eduardo Secchi *In "Comentários à Lei de Recuperação de Empresa e Falência",* 2ª edição, coord. Francisco Sátiro de Souza Júnior e Antônio Sérgio A, de Moraem Pitombo, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 287-293.

> De fato, a mantença de empresa ainda recuperável deve-se sobrepor aos interesses de um ou poucos credores divergentes, ainda mais quando sem amparo de fundamento plausível, deixando a realidade se limitar à fria análise de um quórum alternativo, com critério complexo de funcionamento, em detrimento da efetiva possibilidade de recuperação da empresa e, pior, com prejuízos aos demais credores favoráveis ao plano
> [...]
> Assim, numa interpretação teleológica e finalista da norma, o intuito de salvar a empresa, manter os empregos e garantir os créditos, penso que a aprovação do plano foi realmente a melhor medida. (Recurso Especial n.1337989/SP, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 08/05/2018, DJe 04/06/2018.)

Por sua vez, o Recurso Especial n. 1724056/SP[309], de relatoria do Min. Antonio Carlos Ferreira, adentrou especificamente na questão de abusividade de voto da minoria:

> O aresto impugnado, entretanto, concluiu que no caso dos autos, em que há apenas dois credores a compor uma das classes, não é possível que seja deixado ao livre arbítrio dessa minoria o destino da empresa em recuperação judicial, devendo prevalecer os princípios da preservação da empresa e de sua função social. Acrescentou, ainda, com base no conjunto probatórios dos autos, que o voto de rejeição do plano pelos referidos credores teria sido abusivo, tendo em vista a ausência de motivos efetivamente justificantes para a recusa. Tais pontos, aptos, por si sós, a sustentarem o juízo emitido, não foram rebatidos nas razões recursais, aplicando-se, por analogia, o entendimento da referida súmula. (Recurso Especial n. 1724056/SP, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, julgado monocraticamente em 23/03/2018, Dje 03/04/2018.)

E como mencionado logo acima, nos Tribunais de Justiça dos Estados são diversos os julgados que afastam votos abusivos, com base nos fundamentos já mencionados, citando-se alguns precedentes: (i) sentença proferida pelo Juiz Marcelo Barbosa Sacramone no processo n.º 1037133-31.2015.8.26.0100 (Schahin Engenharia S.A. e outros); (ii) acórdão relatado pelo Des. Romeu Ricupero no AI n.º 649.192-4/2-00, TJSP (NTL Têxtil Ltda); (iii) acórdão relatado pelo Des. José Reynaldo no AI n.º 0100844-07.2013.8.26.0000, TJSP (Ótica Voluntários Ltda); (iv) acórdão relatado pelo Des. Milton Fernandes no AI n.º 0037321-84.2011.8.19.0000, TJ/RJ (Supermercados Alto da Posse Ltda); (v) sentença proferida pela Juíza Eliziana Peres no processo n.º 0163234-77.2015.8.21.0001 e acórdão redigido pelo Des. Luis Augusto Coelho Braga, no AI n.º 0005581-93.2017.8.21.7000, TJRS (Grupo Sultepa).

---

[309] Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1724056/SP, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, julgado monocraticamente em 23/03/2018, Dje 03/04/2018. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=81640462&num_registro=201800334385&data=20180403

Dentre os julgados sobre a matéria, se destaca sentença proferida em São Paulo, no processo n.º 1037133-31.2015.8.26.0100[310], referente à Recuperação Judicial de Schain Engenharia e outros:

> [...]Como todo direito, porém, o direito de voto em assembleia não é absoluto. Não se deve admitir, em qualquer esfera, que o exercício de um direito se dê de forma abusiva, frustrando o objetivo da norma que o estabeleceu. Sob esse fundamento, o Código Civil de 2002 consagrou o instituto do abuso de direito (...) O que caracteriza o abuso é seu anormal exercício, nas ocasiões em que o voto proferido pelo credor é feito não em consideração ao seu interesse como credor, mas à proteção de seus interesses exclusivamente particulares [...]

Tal situação também foi exemplarmente apreciada pelo Des. Romeu Ricupero, relator do AI n.º 649.192.4/2-00, do TJ/SP, ao apreciar o abuso de credores com posição prevalente passível de frustrar o atingimento do requisito do inciso III do § 1º do art. 58 da LRF[311]:

> [...] Em outras palavras, consagraria o 'abuso da minoria', isto é, daquele credor, já com garantia real suficiente e que, por isso mesmo, em atitude egoística, desaprovasse a recuperação judicial da empresa (...) Não se pode admitir validade à rejeição de plano por credor único em determinada classe, apresar dos critérios limitados do cram down da lei brasileira, sob pena de configurar-se abuso no exercício do direito de votar o plano (...) sempre que o credor privilegiasse posições excessivamente individualistas, em detrimento dos demais interesses em jogo (...) o voto, assim manifestado por essa classe de credores, seria claramente incompatível com a função pública do instituto da recuperação da empresa [...](TJSP, Agravo de Instrumento 0342925-26.2009.8.26.0000; Relator Desembargador Romeu Ricupero; Órgão Julgador: Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado; Data do Julgamento: 18/08/2009; Data de Registro: 28/08/2009.)

Outra decisão de relevo, em sentido semelhante à proferida no AI n.º 0100844-07.2013.8.26.0000, pelo Des. José Reynaldo do TJ/SP, ao afastar votos por abuso de direito, em caso no qual somente havia a Classe III (titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados), e dentre os 25 credores presentes, 3 deles instituições financeiras, detendo 73,86% dos créditos rejeitaram o plano, encaminhando sua não aprovação conforme critérios da LRF:

> [...] Disso resulta que o voto desses credores na Assembleia Geral de Credores realizada decidiria o destino da empresa recuperanda, aprovando o plano (...) ou rejeitando-o, com a consequente decretação de sua quebra (...) Assim

---

[310] Decisão prolatada em 21/03/2016, pelo Juíz de direito da 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da comarca de São Paulo, SP.

[311] Art. 58. (...) § 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembléia, tenha obtido, de forma cumulativa:
(...)
III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei.

> considerado, a rejeição injustificada somente por parte das instituições financeiras revela-se abusiva, uma vez que impede a recuperação da empresa que apresenta condições mínimas de se manter produtiva e em atividade, cumprindo o seu papel social e econômico [...] (TJSP, Agravo de Instrumento 0100844-07.2013.8.26.0000; Relator Desembargador José Reynaldo; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Data do Julgamento: 03/02/2014; Data de Registro: 07/02/2014.)

Nesta mesma linha, destaca-se o julgamento do processo n.º 0163234-77.2015.8.21.0001[312] e recurso AI n.º 0005581-93.2017.8.21.7000, do TJ/RS (Grupo Sultepa). Transcreve-se (sentença e acórdão):

> Sentença: "Ressalta-se que o plano de recuperação judicial não contém ilegalidades e se mostra viável, a aprovação pela maioria dos credores, destinatários da proposta e que são conhecedores da realidade das empresas recuperandas, demonstra tais características e requisitos, e que presente a possibilidade de que elas honrarão os compromissos assumidos. (...) Toda esse posicionamento sustenta-se porque a falência é um fato antissocial e extremamente prejudicial (...) pois quebrar o regular sistema econômico, prejudica o curso normal da circulação de dinheiro, de bens e de serviços e, na hipótese dos autos, extinguindo 300 postos de trabalho, com consequências sociais arrasadoras (...) Salienta-se, por oportuno, que o dever de cooperação, muito presente nos processos de recuperação judicial, deve reinar nas relações entre credores e recuperandas possibilitando o cumprimento do plano, a fim de transcender o interesse particular, egoístico de alguns credores, sobre a preservação da empresa que oferece condições de soerguimento."
>
> Acórdão: "Interessante, conformem destacado nos autos, o entrave ao plano aprovado pela maioria dos credores, ocorreu por somente DOIS credores que fazem parte da classe com garantias reais. Assim, no meu ver, o requisito estabelecido no inciso III, do referido art. 58, da Lei n. 11.101/05, não pode servir de obstáculo à aprovação do plano. Daí o acerto da magistrada "a quo" que homologou o plano de recuperação judicial por cram down, assimilado da legislação americana pela lei de recuperação judicial e falências, significando o mecanismo pelo qual, mediante a deliberação da maioria dos credores, aqueles que não aprovarem o plano devem, necessariamente, conformarse com ele, a despeito de manifestação de vontade em sentido contrário. Visou a magistrada "a quo" a preservação da empresa." (Agravo de Instrumento Nº 70072414667, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elisa Carpim Corrêa, Redator: Luís Augusto Coelho Braga, Julgado em 26/10/2017)

Em outro julgado (acórdão relatado pelo Des. Milton Fernandes no AI n.º 0037321-84.2011.8.19.0000, do TJ/RJ), o voto abusivo também foi caracterizado e descartado, novamente pela prevalência de volume de crédito por instituição financeira e a ausência de justificativa razoável pela rejeição, demonstrando mero abuso de posição econômica. Vejamos:

---

[312] Decisão prolatada em 14/11/2016, pelo Juíza de direito da Vara de Direito Empresarial, Recuperação de Empresas e Falências do foro da Comarca de Porto Alegre, RS.

> "...É certo que a condição de aprovação do plano por pelo menos duas classes não foi atendida, mas tal se deu em razão do volume de crédito do Banco Itaú que influenciou no resultado geral da votação (...) a postura adotada pela Instituição financeira ultrapassa o exercício regular de um direito, já que abusiva e contrária aos interesses dos demais credores, em total afronta ao espírito da Lei...". (TJRJ, Agravo de Instrumento 037321-84.2011.8.19.0000 ; Relator Desembargador Milton Fernandes de Souza; Órgão Julgador: Quinta Câmara Cível; Data de Julgamento: 13/12/2011.)

Esta possibilidade do juiz apreciar os votos sob a perspectiva de possível abuso de direito, e assim afastá-lo, desconsiderando-o para fins de composição de quórum de Assembleia Geral de Credores, está também contemplada no Enunciado n.º 45 da I Jornada de Direito Comercial: "O magistrado pode desconsiderar o voto de credores ou a manifestação de vontade do devedor, em razão de abuso de direito".

Todavia, o abuso de direito de voto deve ser devidamente caracterizado, de modo que se configure, efetivamente, uma conduta temerária, individualista e irracional do credor, conforme veremos no capítulo a seguir.

3 CARACTERIZAÇÃO DE ABUSIVIDADE DO VOTO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE NEGOCIAR

O principal aspecto que permeia o procedimento de Recuperação Judicial é a disposição das partes para, conjuntamente, apresentarem propostas e contrapropostas para adimplemento das obrigações e convergirem seus interesses.

Ressalta-se, neste ponto e diante do contexto acima, que uma das principais razões apontadas pela jurisprudência como exercício abusivo do direito de voto é exatamente a "falta de negociação", o que serviu de fundamento, por exemplo, na sentença proferida em São Paulo pelo Juiz Marcelo Barbosa Sacramone no processo nº 1037133-31.2015.8.26.0100[313], referente à Recuperação Judicial de Schain Engenharia e outros:

> [...] A negociação é pressuposto do voto a ser proferido em ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES. É em razão da discussão de diversas cláusulas previstas no plano e condições de cumprimento que a Lei cria diversos instrumentos (...) para que os credores possam negociar com o devedor (...) nesse sentido não se pode admitir a recusa injustificada dos credores ou sua

[313] Decisão prolatada em 21/03/2016, pelo Juíz de direito da 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da comarca de São Paulo, SP.

> conduta não colaborativa para a aprovação ou não do plano. Todos devem contribuir para a negociação, ainda que o plano não necessariamente precise ser aprovado (...) os Bancos mantiveram-se intransigentes e inflexíveis para que o plano fosse aprovado, e não justificaram os motivos de sua rejeição em qualquer momento [...]

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao julgar caso análogo, também entendeu pela abusividade no voto do credor que manteve posicionamento irredutível às negociações e flexibilizações nas formas de pagamento. Vejamos o aresto a seguir colacionado:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA. CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. RECONHECIMENTO DE EXERCÍCIO DE DIREITO DE VOTO ABUSIVO POR PARTE DO CREDOR AGRAVANTE. DESCONSIDERAÇÃO DO VOTO PROFERIDO NA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES. PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL QUE DEVE, NO ENTANTO, OBSERVAR AS DISPOSIÇÕES DA LEI. 11.101/05. Caso concreto em que se autoriza o reconhecimento de voto abusivo por parte da instituição financeira agravante na Assembleia Geral de Credores, considerando o seu posicionamento insuscetível de flexibilização quanto às condições de pagamento dos seus créditos, em descompasso com o interesse tanto da comunhão dos credores, como dos credores individualmente considerados. Da mesma forma, o Administrador Judicial foi categórico em exaltar a exequibilidade do plano de recuperação judicial e consequente perspectiva positiva de soerguimento das empresas agravadas, não se vislumbrando justificativa concreta para a posição adotada pelo Banco do Brasil. Nessa linha, cumpre salientar que a instituição financeira não logrou êxito em demonstrar que o plano de recuperação não irá gerar os efeitos pretendidos pela Lei 11.101/05. Assim, prezando-se pela preservação dos princípios norteadores do regime recuperacional, ponderados, igualmente, a posição do banco e os interesses dos credores, impõe-se a desconsideração do voto proferido pela parte agravante, fato que atrai, considerando os quóruns de aprovação na Assembleia Geral de Credores, a concessão da recuperação judicial. Não obstante, determinadas cláusulas do plano de recuperação judicial, à luz das objeções do credor recorrente, devem ser adequadas às disposições da Lei 11.101/05. Nesse sentido, a cláusula que versa sobre a novação das dívidas com garantia de terceiros deve respeitar o que estatui o artigo 49, §1° da Lei 11.101./05. Com efeito, a recuperação judicial não impede o prosseguimento das execuções nem induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória, pois não se lhes aplicam a suspensão prevista nos artigos 6º, caput, e 52, inciso III, ou a novação a que se refere o art. 59, caput, por força do que dispõe o art. 49, § 1º, todos da Lei n. 11.101/2005. Necessária observância de tal cláusula De outro lado, no que se refere à disposição sobre a venda parcial dos bens (abrangendo venda de imóveis e bens, inclusive UPIs), por evidente que deverão as alienações se realizar sempre em observância aos princípios norteadores da Recuperação Judicial e dos trâmites legalmente previstos. Por fim, ainda que tenha sido reconhecida a desconsideração do voto proferido pelo Banco do Brasil no caso concreto, isso não implica, necessariamente, a sua litigância de má-fé, uma vez que não se vislumbra a incidência das hipóteses previstas no art. 80 do CPC. POR MAIORIA, DADO PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO

> DE INSTRUMENTO, VENCIDO O DESEMBARGADOR JORGE ANDRÉ PEREIRA GAILHARD. (TJRS, Agravo de Instrumento Nº 70074642323, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relatora Desembargadora Lusmary Fatima Turelly da Silva, Julgado em 29/11/2017.)

No julgado citado acima, a Desembargadora Relatora Lusmary Fátima Turelly da Silva, em seu voto, assim discorreu:

> [...] o fato do plano de recuperação se mostrar plenamente exequível no sentido de, em conformidade com o que esclareceu o administrador judicial às fls. 496-591 , preservar e recuperar a empresa, propondo uma resposta financeira, ao que indicam os elementos contidos nos autos, com melhor perspectiva não apenas para si, mas para a comunhão dos interessados quando comparada com a convolação em falência, ampara o entendimento de que o voto em questão não se reveste de legitimidade, à luz do artigo 187 do Código Civil. Nas palavras da doutrina, é 'possível considerar viciado o voto que revela comportamento excessivamente individualista por parte de credor, especialmente quando se evidenciar a intenção de extrair benefícios por parte do credor dominante em uma das classes da assembleia'.
> Outrossim, ante a exequibilidade do plano e consequente perspectiva positiva de soerguimento das empresas, não se vislumbra justificativa concreta para a posição adotada pelo Banco do Brasil na hipótese, que se limitou, à luz dos elementos contidos nos autos, à insuscetibilidade de flexibilização quanto às condições de pagamento do seu crédito. Da mesma, cabe salientar que a instituição financeira não logrou êxito em demonstrar que o plano de recuperação não irá gerar os efeitos pretendidos na Lei 11.101/05."

Denota-se, portanto, que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em caso análogo, adotou como premissa para a caracterização do voto abusivo a conduta do credor que não demonstrou interesse em flexibilizar as condições para pagamento de seu crédito, em relação a um plano de pagamento apresentado que atendeu aos preceitos estabelecidos pela Lei nº 11.101/05 – notadamente o princípio da preservação da empresa.

3.2 CARACTERIZAÇÃO DE ABUSIVIDADE DO VOTO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA RAZOÁVEL E MOTIVAÇÃO ECONÔMICA. TESTE DE ESTRESSE.

O conceito ora empreendido é oriundo do direito norte-americano, que prevê como causa para a configucação do abuso no direito de voto dos credores a inobservância do teste entitulado "*THE BEST INTEREST OF CRED*ITORS" ou seja, "O MELHOR INTERESSE DOS CREDORES".

Ao ser feita a análise do plano de recuperação judicial e posterior votação sobre sua

aprovação ou rejeição, os credores devem contrapor as estipulações do referido plano com o cenário em caso de eventual falência dos devedores (liquidação do ativo e pagamento conforme o artigo 83 da Lei 11.101/05[314]). Tal análise é de extrema relevância pois aponta, com clareza, se há efetiva motivação econômica para rejeição do Plano de Recuperação Judicial.

A doutrina especializada, na figura de JOÃO PEDRO SCALZILLI, LUIS FELIPPE SPINELLI E RODRIGO TELLECHEA[315], assim define a questão:

> Na tentativa de sistematizar a questão, entende-se que são possíveis critérios para averiguar o abuso de voto de credor na deliberação acerca do plano de recuperação judicial: (i) a exequibilidade dos seus termos e condições e, a partir daí, a probabilidade de superação da crise; (ii) a comparação entre a posição do credor na recuperação judicial e em uma eventual falência da recuperanda (best-interest-of-creditors test, na expressão utilizada nos Estados Unidos).
> Assim, se o plano é exequível (capaz de preservar a empresa) e propõe um pagamento superior ao que seria recebido na falência, não haveria interesse legítimo para a rejeição do plano pelos credores – sendo teoricamente possível considerar viciado o voto que revela comportamento excessivamente individualista pelo credor [...]"

A caracterização do voto abusivo pela motivação econômica se confirma quando o credor, em eventual falência da devedora, tem valor a ser recebido inferior ao que seria pago pela proposta apresentada no plano de recuperação judicial.

Ao ser feita a análise do plano, os credores devem analisar friamente o cenário em caso de eventual falência da devedora (liquidação do ativo e pagamento conforme o artigo 83 da Lei 11.101/05). Tal análise é de extrema relevância pois aponta, com clareza, se há efetiva motivação econômica para rejeição do plano de recuperação judicial.

Vencidas as premissas acima que corroboram a necessidade de uma análise diferenciada do caso concreto, no que tange à ausência de fundamentação econômica para a rejeição do plano de recuperação judicial, o ativo liquidado após eventual falência atingiria a monta insuficiente para pagar o credor que eventualmente vota em desfavor da concessão da recuperação judicial de forma irracional.

Normalmente, na grande maioria dos casos de recuperação judicial, na hipótese de convolação em falência, os valores arrecadados somente servem para adimplir os credores trabalhistas, quiça nem isso ocorra.

Dessa forma, conforme abordado, votar contra a aprovação de um plano de recuperação,

---

[314] Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem: (...)

[315] SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação judicial de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2016. Pg. 324.

quando claramente demonstrado que o recebimento de valores sujeitos à recuperação superam aos recebidos no caso de eventual falência, torna essa decisão absolutamente irracional e desarrazoada economicamente, o que configura claramente um abuso de direito de voto.

4 CONCLUSÃO

O complexo assunto do abuso de direito de voto, tratado nesta breve análise, impõe as partes relacionadas (Stakeholders) racionalidade e razoabilidade para analisar caso a caso, uma vez que cada processo de recuperação judicial tem sua particularidade.

A análise do plano de recuperação judicial e posterior votação sobre sua aprovação ou rejeição, os credores devem se preocupar se proposta apresentada faz sentido financeiramente, ou seja, se foram observados critérios atrelados a efetiva capacidade da devedora em cumprir com o acordado. Em muitos casos, de reestruturação de dívidas de empresas em recuperação judicial, não é incomum o plano de pagamentos prever um enquadramento de valor (deságio da do crédito) e prazo incompatível com a expectativa do credor. No entanto, deve prevalecer a motivação econômica do credor, em eventual falência da devedora, no que se refere ao a ser recebido inferior ao que seria pago pela proposta apresentada no plano de recuperação judicial.

Pode-se concluir que a jurisprudência vem se aprofundando no tema, sobretudo em virtude da lacuna legal, de modo a atender o principio da preservação da empresa, norteador da Lei de Recuperações.

Logicamente, não somente a Lei, mas a própria jurisprudência ainda é muito recente sobre a tema, mas os argumentos trazidos nas decisões apresentadas neste estudo demonstram total alinhamento com a legislação norte-americana, grande inspiradora da Lei n.° 11.101/05.

Em suma, visando o equilíbrio entre os credores e devedores no processo de recuperação judicial, impõe-se a observância dos critérios discutidos acima, como a ausência do interesse negocial, a ausência de justificativa razoável e motivação econômica. Se a motivação do credor que votar negativamente contra o plano não levar em conta estes pontos, inevitavelmente restará configurado o abuso de direito de voto.

BIBLIOGRAFIA

AYOUB, Luis Roberto, & CAVALLI, Cássio. A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas (2ª ed.). Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo (11ª ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1337989/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 08/05/2018, DJe 04/06/2018. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1709688&num_registro=201102695785&data=20180604&formato=PDF

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1724056/SP, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, julgado monocraticamente em 23/03/2018, Dje 03/04/2018. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=81640462&num_registro=201800334385&data=20180403

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento 0342925-26.2009.8.26.0000; Relator Desembargador Romeu Ricupero; Órgão Julgador: Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado; Data do Julgamento: 18/08/2009; Data de Registro: 28/08/2009, disponível em http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4012329&cdForo=0

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento 0100844-07.2013.8.26.0000; Relator DesembargadorJosé Reynaldo; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Data do Julgamento: 03/02/2014; Data de Registro: 07/02/2014. Disponível em http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7332489&cdForo=0

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento Nº 70072414667, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Desembargadora Elisa Carpim Corrêa, Redator Desembargador Luís Augusto Coelho Braga, Julgado em 26/10/2017

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento 037321-84.2011.8.19.0000 ; Relator Desembargador Milton Fernandes de Souza; Órgão Julgador: Quinta Câmara Cível; Data de Julgamento: 13/12/2011. Disponível em http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003D8EAD334FAA4A680B8DD49B7A9A3F83A42C40318494D

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento Nº 70074642323, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relatora Desembargadora Lusmary Fatima Turelly da Silva, Julgado em 29/11/2017. Disponível em http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70074642323&ano=2017&codigo=2194926

BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. Abuso do Direito de Voto na Assembleia de Credores. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. Lei de falência e recuperação de empresas (7ª ed.). São Paulo: Atlas, 2015.

SCALZILLI, João Pedro, SPINELLI, Luis Felipe e TELLECHEA, Rodrigo . Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/05 . 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2017

MUNHOZ, Eduardo Secchi in "Comentários à Lei de Recuperação de Empresa e Falência", 2ª edição, coord. Francisco Sátiro de Souza Júnior e Antônio Sérgio A, de Moraem Pitombo, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007,

INEFICÁCIA E AÇÃO REVOCATÓRIA FALIMENTAR: ASPECTOS PROCESSUAIS

INEFFECTIVE AND BANKRUPTCY REVOCATORY ACTION: PROCEDURAL ASPECTS

Thiago Diamante[316]

Resumo: O presente artigo propõe analisar os institutos da ineficácia e ação revocatória falimentar disciplinados em nosso ordenamento jurídico atualmente pelos artigos 129 e 130 da Lei de Falência (11.101/2005), diferenciando-os, especialmente sob a ótica processual civil através do exame do prazo decadencial, rito, legitimados, competência, recurso cabível e exceções legais.

Palavras-chave: Ineficácia. Ação revocatória. Falência. Art. 129. Art. 130.

Abstract: This article proposes to analyze the institutes of ineffective and bankruptcy revocatory action disciplined in our legal system currently by Articles 129 and 130 of the Bankruptcy Law (11.101 / 2005), differentiating them, especially from the civil procedural point of view by examining the decadential term, rite, legitimized, competence, appropriate appeal and legal exceptions.

Key-words: Ineffective - Revocatory action - Bankruptcy. Art. 129. Art. 130.

Sumário: 1. Introdução. 2. Origens. 3. Ineficácia – Art. 129 da Lei 11.101/2005. 3.1. Rito. 3.2 Termo legal da falência. 3.3. Prazo. 3.4. Recurso cabível. 4. Ação revocatória falimentar – art. 130 da Lei 11.101/2005. 4.1. Rito. 4.2. Prazo. 4.3 Legitimidade. 4.4. Competência. 4.5. Recurso cabível. 4.6. Exceções 5. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

A Lei de falência e recuperação judicial (11.101/2005), que substituiu o Decreto–Lei 7.661/45, dividiu os atos lesivos aos credores cometidos antes da decretação da falência em duas espécies, primeiramente, prevista no art. 129, a ineficácia decorrerá da simples prática dos atos arrolados nos incisos do artigo mencionado, e, na segunda espécie, no art. 130, está disciplinada a ação revocatória onde o elemento subjetivo da fraude é exigido dependendo sempre do ajuizamento da denominada ação. Dessa forma, parte da doutrina chama a previsão do art. 129 de ineficácia objetiva enquanto a do art. 130 seria a ineficácia subjetiva.

[316] Mestre em Direito Empresarial pela UFRGS. Especialista em Direito Empresarial pela FGV. Bacharel em Direito pela PUCRS. Advogado em Porto Alegre/RS. thiago@thiagodiamante.com.br

Os atos que são praticados pelo falido após a decretação da falência, obviamente, são nulos. Todavia, infelizmente, é comum ocorrer de o empresário, antes da decretação da falência, vendo que está em uma situação de crise, dilapidar o patrimônio e cometer negócios que prejudiquem os credores.

Ainda que mantido o termo legal como um período protetivo aos interesses da massa falida, criou-se uma estrutura de proteção ainda mais ampla e muito pouco dependente desse instituto.

O legislador utilizou duas expressões para designar o conjunto de atos ineficazes perante a massa falida. Em relação aos taxados no art. 129 chamou de ineficazes, enquanto aos abrangidos pelo art. 130 chamou de revogáveis, porém, ambos não produzem efeitos perante a massa. As expressões ineficácia e revogação escolhidas pelo legislador pretendem revelar o tratamento distintivo que foi dado à matéria.

As declarações judiciais de ineficácia constituem meios de reconstrução do patrimônio do devedor em cumprimento ao princípio da *par condicio creditorum,* preservando o concurso de credores.

Dessa forma, dependendo da espécie utilizada, o meio processual adequado para declaração da ineficácia varia. Portanto, necessário analisarmos as significativas diferenças entre um e outro conjunto de atos, especialmente sob a ótica processualista.

2. ORIGENS

É antiga a proteção dada pela Lei especial aos negócios jurídicos firmados pelo devedor às vésperas da falência. Carvalho de Mendonça[317] lembra que "o alvará de 13 de novembro de 1756, §19, anulava todos os contratos feitos com os falidos dentro de 20 dias de seu falimento, declarando-se este pela fuga, ocultação ou cessão de bens e apresentação dos credores".

Ricardo Negrão[318] destaca que em sua origem mais remota, as ações revocatórias aproximam-se das ações paulianas de extenso uso entre os romanos. Nelson Abrão,[319] inspirado

---

[317] CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. Tratado de direito comercial brasiLeiro. v. VII. Livro V. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960, p. 157.

[318] NOGUEIRA, Ricardo José Negrão. Ineficácia e revogação de atos praticados antes da falência. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 489-490

[319] ABRÃO, NELSON. Da ação revocatória**.** 2. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1997, p. 27.

na doutrina italiana, escreve que a filiação da revocatória falimentar à pauliana do direito romano é unanimamente admitida.

No direito romano, na fase bizantina de Justiniano, pela ação pauliana se exigia que os atos de alienação de bens praticados pelo devedor com intenção de causar dano aos credores retornassem ao estado anterior a essa alienação prejudicial.

Porém, afirma Rubens Requião que é preciso não ver na ação revocatória uma ação pauliana ou de nulidade. Embora reconheça que o fundamento lógico é a ação pauliana do direito romano, destaca que a revocatória falimentar é uma ação pauliana modificada em seu escopo, nos modos de seu exercício e nos seus resultados.

A principal diferença entre a ação pauliana e a revocatória é que a primeira torna o ato ineficaz apenas em relação ao credor que intentou a ação, já os efeitos da revocatória beneficiam alcançam todos os credores.

No Código Comercial de 1850 já havia preocupação do legislador em disciplinar a situação dos atos praticados pelo falido antes da quebra, especialmente dentro do termo legal, onde ocorria tratamento diferenciado da Lei civil referente à fraude a credores. O seu art. 827 [320]considerava nulos os contratos em que houvesse fraude.

A finalidade dos dispositivos é proteger a *par condicio creditorum*, evitando uma preferência indevida daquele que possuí um crédito ainda inexigível em detrimento dos demais credores portadores de títulos vencidos que não foram pagos.

Sobre o tema Carvalho de Mendonça[*321*] preconiza que o princípio dominante na falência é a estrita igualdade entre os credores, garantidos, porém, os direitos daqueles que tiverem legítima causa de preferência. Ainda, da mesma forma, Darcy Bessone[322] afirma que em suma, *a par conditio* exprime a paridade de condição para que todos sejam pagos na moeda da falência, vale dizer, segundo um mesmo índice percentual que exprime a proporcionalidade entre o ativo líquido, o passivo e o quantum do crédito individual.

---

[320] Art. 827 - São nulas, a benefício da massa somente:
1 - As doações por título gratuito feitas pelo falido depois do último balanço, sempre que dele constar que o seu ativo era naquela época inferior ao seu passivo;
2 - As hipotecas da garantia de dividas contraídas anteriormente à data da escritura, nos 40 dias precedentes à época legal da quebra (art. 806).
As quantias pagas pelo falido por dividas não vencidas nos 40 dias anteriores à época legal da quebra, reentrarão na massa.
[321] CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. Tratado de direito comercial brasiLeiro. v. VII. Livro V. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960, p. 158.
[322] BESSONE, Darcy. Instituições de direito falimentar. São Paulo: Saraiva, 1995, p.24.

Assim, caso a situação de equilíbrio do concurso de credores seja abalada com atos ruidosos praticados pelo devedor, necessário será reestabelecer a situação através da ineficácia ou ação revocatória que abordaremos a seguir.

3. INEFICÁCIA – ART. 129 DA LEI 11.101/2005

Ineficácia, segundo as lições de Caio Mario[323], é a ausência de efeitos quando, embora observados os requisitos legais, intercorre obstáculo extrínseco, que impede se complete o ciclo de perfeição do ato.

Anteriormente prevista no art. 52 do Decreto-Lei 7.661/45 e hoje regulada através do art. 129 da Lei 11.101/2005, afirma-se que a ineficácia é de natureza objetiva, pois não há necessidade da realização de prova da má-fé do falido ou do terceiro que contratou com ele, bem como não é preciso comprovar a ocorrência de prejuízo para a massa falida, bastando o simples enquadramento do negócio no rol taxativo dos incisos do art. 129, que possuem interpretação restritiva[324].

Luiz Inácio Vigil Neto[325] elucida que em razão da excepcionalidade desse instituto, que permite declarar a ineficácia do ato jurídico perfeito sem necessitar de prova de prejuízo ou de má-fé, e, inclusive, sem necessitar do ajuizamento de ação judicial própria, procurou o legislador restringir ao máximo a utilização desse instituto elencando um número restrito de

---

[323] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Vol. I. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 632.

[324] Art. 129. São ineficazes em relação à massa falida, tenha ou não o contratante conhecimento do estado de crise econômico-financeira do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores:
I – o pagamento de dívidas não vencidas realizado pelo devedor dentro do termo legal, por qualquer meio extintivo do direito de crédito, ainda que pelo desconto do próprio título;
II – o pagamento de dívidas vencidas e exigíveis realizado dentro do termo legal, por qualquer forma que não seja a prevista pelo contrato;
III – a constituição de direito real de garantia, inclusive a retenção, dentro do termo legal, tratando-se de dívida contraída anteriormente; se os bens dados em hipoteca forem objeto de outras posteriores, a massa falida receberá a parte que devia caber ao credor da hipoteca revogada;
IV – a prática de atos a título gratuito, desde 2 (dois) anos antes da decretação da falência;
V – a renúncia à herança ou a legado, até 2 (dois) anos antes da decretação da falência;
VI – a venda ou transferência de estabelecimento feita sem o consentimento expresso ou o pagamento de todos os credores, a esse tempo existentes, não tendo restado ao devedor bens suficientes para solver o seu passivo, salvo se, no prazo de 30 (trinta) dias, não houver oposição dos credores, após serem devidamente notificados, judicialmente ou pelo oficial do registro de títulos e documentos;
VII – os registros de direitos reais e de transferência de propriedade entre vivos, por título oneroso ou gratuito, ou a averbação relativa a imóveis realizados após a decretação da falência, salvo se tiver havido prenotação anterior.

[325] NETO, Luiz Inácio Vigil, Teoria Falimentar e Regimes Recuperatórios: estudos sobre a Lei n. 11.101/05. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p.265-266.

hipóteses para situações em que se verifica gravidade relevante quanto aos interesses da massa falida e dos credores.

Para requerimento da declaração de ineficácia de atos que visam fraudar credores não é exigido o intuito fraudulento, visto que a Lei presume o prejuízo. Em razão da dificuldade de provar a boa fé, o legislador reconhece a ineficácia desses atos, inclusive, sequer haverá necessidade de provar prejuízo para massa.

Humberto Theodoro Júnior[326] destaca que aqui se encontra a grande inovação procedimental. No regime da Lei anterior, havia submissão à ação revocatória tanto das hipóteses elencadas no art. 52 do Dec.-Lei 7.661/1945 (fraude presumida ou in re ipsa) como no conluio fraudulento cogitado no art. 53 do Dec.-Lei 7.661/1945 (fraude dependente de prova do *consilium fraudis* estabelecido entre devedor e adquirente). O art. 56, § 2.º, do Dec.-Lei 7.661/1945, apenas estatuía uma diferença de efeitos para a apelação interposta contra a sentença da ação revocatória: (a) se baseada no art. 52 do Dec.-Lei 7.661/1945, o recurso seria recebido apenas no efeito devolutivo (tornava-se possível a execução provisória da sentença); (b) se lastreada no art. 53 do Dec.-Lei 7.661/1945, a apelação seria processada com os efeitos devolutivo e suspensivo (inviável se tornava a execução provisória).

No regime da Lei 11.101/2005, a orientação é outra. Não há necessidade de ação revocatória nos casos da ineficácia prevista no art. 129. O juiz está autorizado a declará-la de ofício, desde que sua ocorrência venha a ficar evidenciada nos autos da falência. Naturalmente, esse poder conferido *ex lege* ao juiz não anula a possibilidade de o reconhecimento da fraude tornar-se objeto de ação revocatória. Nem se acham os interessados impedidos de provocar, por petição simples, o exame incidental, pelo juiz, da fraude objetiva.

Aliás, conforme nos esclarece Ricardo Negrão[327], pode-se agrupar em quatro espécies as hipóteses do art. 129: a) no primeiro grupo estão os atos praticados dentro do termo legal (I a III); b) no segundo grupo estão aqueles atos praticados no período de dois anos anteriores à decretação da falência (IV e V); c) no terceiro grupo os atos praticados por negócio jurídico em que não se leva em consideração elemento temporal (VI); e d) no quarto grupo os atos registrários praticados por terceiros após o decreto falimentar (VII).

---

[326] JÚNIOR, Humberto Theodoro. Da ineficácia e da revogação de atos praticados antes da falência. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 53, p. 227-261, jul-set/2011.
[327] NOGUEIRA, Ricardo José Negrão. Ineficácia e revogação de atos praticados antes da falência. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 489-490.

Contudo, em alguns casos será muito difícil compatibilizar o reconhecimento da ineficácia de um negócio realizado pelo falido antes da falência, de ofício, pelo Juiz durante o curso do processo, pois ao terceiro que realiza o negócio com o falido deve ser concedido o direito ao contraditório e a ampla defesa, esculpidos no artigo 5º, LIV da Constituição Federal[328].

Aliás, Daniel Mitidiero[329] afirma que a doutrina reconhece, como reflexo da colaboração processual, que mesmo questões possíveis de serem reconhecidas de ofício devem ser decididas após contraditório prévio, possibilitando que a parte a ser prejudicada pela decisão possa influenciar o juízo apresentando suas razões. Tal posicionamento encontra-se esculpido no Código de Processo Civil de 2015, onde o art. 10[330] estabelece a impossibilidade de o juiz decidir sobre fundamento do qual a parte não tenha se pronunciado, ainda que a questão jurídica seja cognoscível de ofício.

Sobre o tema, Marinoni e Ricardo Alexandre da Silva[331] destacam que admitir a cognoscibilidade de ofício não significa autorizar o juiz a decidir sem a prévia oitiva da parte interessa.

Embora seja desnecessário em razão da novidade aqui mencionada, é possível a utilização da ação revocatória para reconhecimento da ineficácia objetiva, especialmente quando pelos elementos contidos no processo não for possível reconhecer a prática o ato previsto no rol. Pontes de Miranda chamava essa ação de "ação declaratória de ineficácia relativa".

Se o juiz não se dispõe a declarar a fraude, por não a vê-la como adequadamente demonstrada no processo falimentar, ou por qualquer outro motivo, os legitimados pelo art. 132 da Lei 11.101/2005 (administrador judicial, qualquer credor ou Ministério Público) poderão ajuizar a competente ação revocatória, como se acha previsto no parágrafo único do art. 129 da Lei 11.101/2005 sob comento. A ação, na espécie, apresenta-se como mera faculdade.

---

[328] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

[329] MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 136.

[330] Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

[331] MARINONI, Luiz Guilherme; SILVA, Ricardo Alexandre. Aspectos Processuais da Decretação de Ineficácia e da Ação Revocatória Falimentar. In: ABRÃO, Carlos Henrique; ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei. (Org.). 10 Anos de Vigência da Lei de Recuperação e Falência. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 137.

Humberto Theodoro Júnior[332] esclarece que além da declaração judicial, provocada pela parte ou ex *officio*, e retratada em decisão interlocutória nos autos da falência, e da ação revocatória processada à parte e sob procedimento ordinário (art. 134), a Lei 11.101/2005 ainda prevê a possibilidade de arguição da fraude *in re ipsa* (ineficácia objetiva) como matéria de defesa; ou em ação declaratória incidental.

Verifica-se que o problema da ineficácia objetiva pode ser aventado tanto como objeto de ação principal como em incidente de outra ação ou do próprio processo falimentar. Se o terceiro utiliza ação reivindicatória para reclamar a posse do bem que lhe transmitiu o falido, a massa poderá se defender arguindo em contestação a fraude enquadrável em um dos itens do art. 129 da Lei 11.101/2005.

Se for a massa que está reivindicando o bem do falido e o possuidor se defende arguindo sua qualidade de proprietário, é possível, após a contestação, a propositura, nos mesmos autos, da declaratória incidental. Enfim, suscitada regularmente a questão da ineficácia relativa objetiva em qualquer processo por parte legítima para argui-la, sua declaração poderá ocorrer em sentença de qualquer modalidade de ação de conhecimento, de que participe a massa falida, seja como autora ou ré.

Na Lei anterior, os atos objetivamente ineficazes do falido encontravam-se no art. 52. Afora atualizações relativas à designação dos institutos jurídicos, ou mesmo à sua eliminação do direito positivo (é o caso da antecipação de dote), nada muda na lista legal.

É irrelevante se a falida agiu com fraude. Assim, independentemente da finalidade de prejudicar credores, se o ato for atingido por alguma das hipóteses existentes do art. 129 da Lei falimentar, será ineficaz perante a massa falida, desde que praticado dentro do prazo da Lei ou de acordo com outros pressupostos.

3.1. Rito

O reconhecimento da ineficácia dos atos praticados durante o termo legal, descritos no art. 129 da Lei de Falências, pode se dar incidentalmente nos próprios autos do processo falimentar. Destaca Sergio Campinho[333] que a Lei não obriga a propositura de uma ação para o

---

[332] JÚNIOR, Humberto Theodoro. Da ineficácia e da revogação de atos praticados antes da falência. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 53, p. 227-261, jul-set/2011.
[333] CAMPINHO, Sergio. Falência e recuperação de empresa: O novo regime da insolvência empresarial. 7ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2015, p. 395.

desiderato, contemplando a possibilidade de declaração da ineficácia por via de incidente nos autos do processo de falência ou como exceção em ação autônoma de que participe a massa, se, no entanto, excluir a sua propositura.

A ineficácia poderá ser deduzida como matéria de defesa pela massa falida em qualquer ação contra ela proposta, visto que o § único do art. 129 da Lei não exige seja ela perseguida em ação específica, possibilitando sua verificação pelos mais variados modos.

Se o juiz pode declarar a ineficácia de ofício (art. 129, § único), com muito mais razão poderia antecipar os efeitos da tutela. Conhecido o aforismo: "quem pode o mais, pode o menos". Isso porque a declaração de ofício implica cognição mais aprofundada ou plena e a antecipação de tutela implica cognição sumária. Essa interpretação é possível porque o art. 189 da Lei 11.101/2005[334] é expresso em dispor que o Código de Processo Civil é aplicável.

3.2. Termo legal da falência

Termo legal é o período prévio à falência no qual existe a presunção de um estado falimentar. Alguns atos praticados podem ser considerados ineficazes. O art. 99, II prevê expressamente que o termo legal é o período de 90 (noventa) dias da falência ou do primeiro protesto. Logo, se foram feitos negócios que dilapidaram o patrimônio dentro do termo legal, serão ineficazes.

Fabio Ulhoa Coelho[335] explicita que a falência não costuma surpreender os responsáveis pela empresa falida, visto que a degradação da situação financeira, patrimonial e econômica, normalmente, é paulatina, e o sócio controlador e administradores anteveem o desfecho para o negócio. Assim, pode ocorrer a prática de atos que frustram os objetivos do processo falimentar, sendo o termo legal da falência o período que servirá de referência para a auditoria dos atos praticados pelo falido.

Embora conste no mencionado art. 99 a expressão "sem poder retrotraí-lo", alerta-se que o termo legal pode retrotrair. Rubens Requião[336] destaca que o legislador apontou como um dos elementos da fixação do termo legal o da realização do primeiro protesto por falta de

---

[334] Art. 189. Aplica-se a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, no que couber, aos procedimentos previstos nesta Lei.
[335] COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à Lei de falências e de recuperação de empresas. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 372
[336] REQUIÃO, Rubens. Curso de direito falimentar. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 112- 113.

pagamento, mas o juiz do processo falimentar não pode se apegar exclusivamente à letra da Lei, devendo buscar a intenção do legislador.

Dessa forma, o objetivo do legislador foi de abranger as manifestações exteriores do estado de insolvência, colocando sob suspeita todos os atos posteriores que envolvessem disposição do patrimônio, garantia comum ou beneficiamento de credores em detrimento de outros.

3.3. Prazo

A Lei não trouxe dispositivo especifico sobre o prazo para que seja possível pleitear a declaração de ineficácia de ofício, todavia, disciplinou o prazo para a propositura da ação revocatória.

Sobre esse tema, Humberto Theodoro Júnior[337] afirma que prevendo a mesma Lei que a ineficácia objetiva (art. 129 da Lei 11.101/2005) poderá ser objeto de ação revocatória (embora não obrigatoriamente) (art. 129, parágrafo único, da Lei 11.101/2005), não há razão para pensar que na espécie, a declaração judicial se apresente liberada da observância do marco temporal do art. 132 da Lei 11.101/2005. Seria incongruente admitir que a mesma ação revocatória, ora estivesse submetida a um prazo decadencial de três anos, ora pudesse ser manejada sem subordinação a prazo algum.

Com entendimento diferente, o ex Ministro Francisco Cláudio de Almeida Santos[338] afirma que a Lei foi omissa no concernente ao prazo de decadência à declaração de ineficácia, de ofício, pelo juiz ou na ação proposta por qualquer parte interessada, bem como entende que o caso não se trata de uma das ações imprescritíveis. Assim, sugere que o prazo para questionar a eficácia dos negócios previstos no art. 129 seria de 04 (quatro) anos, aplicando o art. 178, II do Código Civil[339].

Theodoro Júnior também destaca que a sentença que decreta a falência não reabre o prazo para que sejam atacados atos remotos do devedor cuja impugnação deveria ter sido atacada anteriormente através da ação pauliana do Código Civil. Dessa forma, se por ocasião da decretação da falência tiver transcorrido o prazo decadencial de quatro anos para o

---

[337] JÚNIOR, Humberto Theodoro. Da ineficácia e da revogação de atos praticados antes da falência. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 53, p. 227-261, jul-set/2011.

[338] SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. A ação revocatória na nova Lei de recuperação de empresas e de falências. In: SANTOS, Paulo Penalva (Coord.). A nova Lei de falências e de recuperação de empresas: Lei nº 11.101/2005. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 344.

[339] Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pLeitear-se a anulação do negócio jurídico, contado:
II - no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico

ajuizamento da ação pauliana, não é possível se valer da ação revocatória para atacar o negócio jurídico, ainda que lesivo e prejudicial aos interesses da massa.

Reconhecida a ineficácia do negócio, as partes devem retornar ao estado anterior, dessa forma, o contratante de boa-fé terá direito à restituição dos bens ou dinheiro entregue ao falido em decorrência do negócio realizado, conforme disciplina o art. 86, II da Lei 11.101/2005.

Na prática, verifica-se uma grande dificuldade de se comprovar que o contratante estava de boa-fé sem ter conhecimento da situação de crise enfrentada pela empresa. Caso não comprovada a boa fé, o contratante terá seu crédito habilitado apenas como credor quirografário.

Assim, entende-se que quando em crise, não é viável a venda do estabelecimento sem o consentimento expresso ou pagamento dos credores. Daí que algumas empresas ajuízam pedido de recuperação judicial objetivando realizar a alienação dos seus ativos, visto que outra vantagem da Lei 11.101/2005 é a não sucessão do adquirente nas dívidas[340].

3.4. Recurso cabível

Declarada a ineficácia do ato de ofício ou por provocação incidental formulada nos autos do processo de falência, Sergio Campinho[341] destaca que a decisão, dado o seu caráter interlocutório, será agravável. O agravo adotará a forma de instrumento em razão dos efeitos práticos da decisão, causando lesão grave e de difícil reparação para a parte vencida. Ressalta-se que caberá agravo de instrumento tanto na hipótese de declaração da ineficácia quanto na hipótese de não ser acolhida a pretensão.

4. AÇÃO REVOCATÓRIA FALIMENTAR – ART. 130 DA LEI 11.101/2005

Ação revocatória, criação genuína do direito falimentar, conforme as palavras de Ricardo Tepedino,[342] tem suas raízes na ação pauliana do direito romano, guardando semelhança até os dias atuais. Assim, a tutela revocatória surge como instrumento para

---

[340] Art. 141, II – o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho.

[341] CAMPINHO, Sergio. Falência e recuperação de empresa: O novo regime da insolvência empresarial. 7ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2015, p. 399.

[342] TEPEDINO, Ricardo. Da Ineficácia e da Revogação de Atos Praticados Antes da Falência in: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 448

recompor a garantia patrimonial erodida por atos do devedor quando já possuía razão para suspeitar da decretação da falência.

A título de comparação, ressalta-se que ação pauliana mencionada torna o ato ineficaz apenas em relação ao credor que intentou a ação, já na ação revocatória o ato é ineficaz em relação à Massa falida.

Diferente da ineficácia, na ação revocatória eu preciso provar a intenção de prejudicar credores (*consilium fraudis*), pois referida ação depende de intenção ou conhecimento.

Rubens Requião[343] destaca que é preciso atentar para a etimologia da palavra revocatória. Não é derivada do verbo revogar (tornar nulo, desfazer), mas de revocar (chamar para trás, chamar novamente, mandar voltar).

Dessa forma, percebe-se que a ação revocatória falimentar não tem o efeito de anular ou desfazer atos praticados pelo devedor e sim o de tirar o efeito determinados atos praticados pelo devedor, ou seja, voltando-os para trás, destituindo-os de eficácia, mas tão somente em relação à massa falida.

Ação revocatória visa à destruição dos efeitos do ato contravencional, objetivando que esse ato se considere como não havido pelo prejuízo que acarreta à garantia dos credores. Tem a finalidade de recompor o patrimônio do falido, expungido dos atos ilegítimos que o debilitaram.

Outra novidade trazida pela Lei é a necessidade de que haja a comprovação do efetivo prejuízo sofrido pela massa falida para o cabimento da ação revocatória, além da necessidade de ser provado o conluio fraudulento entre o devedor e o terceiro que com ele contratou.

Os atos do art. 130 da Lei denominados revogáveis são também considerados ineficazes, porém, apenas será suspensa sua eficácia caso seja comprovado que foram praticados com fraude, contrariamente aos interesses dos credores, com a intenção de prejudicá-los. Em outras palavras, deve caracterizar-se o consilium fraudis, acompanhado do prejuízo efeito (*eventus dammi).*

A prova da fraude do devedor e do terceiro se revelará pelos atos que antecederam o ato inquinado de fraudulento e a ciência do estado patrimonial do devedor. Se no curso do processo ficar claro que o terceiro tinha conhecimento desse estado, em razão do número de protestos ou ações de execução distribuídas em nome do devedor, por exemplo, ou pelo conhecimento de

---

[343] REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 192.

fatos como os enumerados pela Lei de falência, sua adesão à intenção de prejudicar credores será presumida.

Afirma Ecio Perin Junior[344] que o resultado danoso na fraude contra credores é sempre consequente à diminuição do patrimônio com que o devedor se torna insolvente ou piora a situação de insolvência que se encontrava.

Mesmo que determinado ato não tenho causado prejuízo evidente à massa falida em termos financeiros, ocorrendo a violação ao princípio da par conditio creditorum por meio de favorecimento ilegal de determinado credor, presente estará o prejuízo da coletividade de credores.

4.1. Rito

A ação revocatória seguirá o rito ordinário previsto no Código de Processo Civil, conforme preceitua o artigo 134 da Lei 11.101/2005[345], devendo a petição inicial se submeter aos requisitos do art. 319 do CPC/2015.

De acordo com o previsto no art. 137 da Lei, poderá o juiz determinar o sequestro cautelar dos bens que estejam em posse de terceiros, processando-se o pedido de acordo com o Código de Processo Civil.

Porém, verificada uma situação urgente, Marinoni e Ricardo Alexandre da Silva[346] alertam que poderá o juízo falimentar lançar mão de medidas acautelatórias com fundamento no art. 99, VI e VII da Lei 11.101/2005 cumulado art. 299 do Código de Processo Civil de 2015 (art. 798 do CPC/1973), determinando, mediante provimento cautelar, a indisponibilidade do bem até o julgamento da questão atinente à ineficácia do ato.

Pode o legitimado requerer outras providências cautelares, como o arrolamento ou a produção antecipada de provas. Ricardo Tepedino[347] entende que pode ser concedida antecipação de tutela em ação revocatória, desde que seja tomado o cuidado de preservar a reversibilidade da medida, que no cenário da falência deverá ser redobrado, pois se julgado

---

[344] PERIN JÚNIOR, Ecio. Curso de direito falimentar e recuperação de empresa. São Paulo: Saraiva, 2011, p.307.
[345] Art. 134. A ação revocatória correrá perante o juízo da falência e obedecerá ao procedimento ordinário previsto na Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.
[346] MARINONI, Luiz Guilherme; SILVA, Ricardo Alexandre. Aspectos Processuais da Decretação de Ineficácia e da Ação Revocatória Falimentar. In: ABRÃO, Carlos Henrique; ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei. (Org.). 10 Anos de Vigência da Lei de Recuperação e Falência. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 136.
[347] TEPEDINO, Ricardo. Da Ineficácia e da Revogação de Atos Praticados Antes da Falência in: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 475.

improcedente o pedido revocatório, a massa dificilmente terá meios de ressarcir os prejuízos decorrentes da providência antecipadamente deferida.

Ainda, visto tratar-se de demanda em conformidade com o procedimento comum, rito ordinário, as partes terão a possibilidade de se valerem de todos os meios de provas descritos na legislação processual, admitindo-se, inclusive, a utilização de meios de prova atípicos previstos no art. 369 do Novo Código de Processo Civil[348].

Por fim, ressalta-se que não são admitidas como defesa da ação revocatória a compensação nem a reconvenção.

4.2. Prazo

A Lei falimentar estabelece expressamente que o prazo prescricional à ação revocatória (art. 132 da Lei nº 11.101/2005) é de 03 (três) anos, prazo que deve fluir da data da decretação da falência, implica no reconhecimento de que sempre o direito à ação esteve afetado pela regra geral que estabelece limite temporal ao seu exercício.

4.3. Legitimidade

O artigo 132 da Lei Falimentar versou sobre as pessoas legitimadas para propositura da ação revocatória, conferindo tal legitimidade ao administrador judicial, qualquer credor e, outra novidade da Lei em relação à legislação anterior, o Ministério Público.

A atuação do Ministério Público no processo de falência objetiva justamente coibir atos fraudulentos ou lesivos em prejuízo da coletividade. Assim, a inovação do legislador tratou-se de uma consequência razoável que, defrontando-se a instituição com atos fraudulentos já praticados, pudesse ela buscar a declaração de sua ineficácia, por meio de ação própria.

---

[348] Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Quanto à legitimidade passiva, ao comentar o art. 133 da Lei[349], Antonio Martin[350] afirma que a ação não se direciona em face do falido, pois não possui mais legitimidade processual para as ações que versem sobre o patrimônio que era seu e que, com a decretação da falência, passou para a gestão da massa falida.

Em sentido contrário, Marinoni[351], em parecer sobre o tema, afirma que tanto o Dec.-Lei 7.661/1945 como a Lei 11.101/2005 (atual Lei de Falências e de Recuperação de Empresas) apontam para a imperiosa formação de litisconsórcio necessário passivo na ação revocatória falimentar entre o adquirente e o falido. Dispõe, com efeito, o art. 133, I, da Lei 11.101/2005, que a ação revocatória pode ser proposta "contra todos os que figuraram no ato". O texto é praticamente idêntico àquele do revogado art. 55, parágrafo único, I, do Dec.-Lei 7.661/1945.

Em verdade, a expressão "pode" prevista no *caput* do art. 133 tem sido interpretada como "deve", visto que na prática frequentemente nos deparamos com casos de litisconsórcio passivo.

4.4. Competência

Assim, a ação revocatória deverá ser proposta perante o juízo universal da falência, que, conforme preconiza o art. 3º da Le 11.101/2005, é o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil.

Insta salientar que em caso de procedência da ação revocatória, a decisão do juízo falimentar acarreta, inclusive, na rescisão de eventual sentença que o ato ineficaz tenha se baseado, conforme preconiza o art. 138 da Lei[352]. Exemplo disto pode ocorrer na situação hipotética de uma execução de título executivo extrajudicial ter sido ajuizada e realizada penhora de bens. Posteriormente, verificada que a nota promissória era fraudulenta e proposta ação revocatória, o juiz da falência na sentença determinará a ineficácia dos atos, mesmo que judiciais. Tal dispositivo bem demonstra a força que tem o processo de falência.

---

[349] Art. 133. A ação revocatória pode ser promovida:
I – contra todos os que figuraram no ato ou que por efeito dele foram pagos, garantidos ou beneficiados;
II – contra os terceiros adquirentes, se tiveram conhecimento, ao se criar o direito, da intenção do devedor de prejudicar os credores;
III – contra os herdeiros ou legatários das pessoas indicadas nos incisos I e II do caput deste artigo.

[350] MARTIN, Antonio. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes (Coord.). Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 480.

[351] MARINONI, Luiz Guilherme. Ação revocatória falimentar, litisconsórcio necessário e *querela nullitatis insanabilis*. Soluções práticas - Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, Out/2011, p. 323.

[352] Art. 138 – Revogado o ato, será considerada rescindida a sentença que o motivou.

4.5. Recurso cabível

Da sentença que julgar a ação revocatória caberá recurso de apelação, todavia, o legislador foi omisso parágrafo único do art. 135 da Lei[353] ao não mencionar os efeitos que o mesmo será recebido.

Tendo em vista que a legislação anterior de 1945 previa expressamente que o recurso de apelação seria recebido no efeito devolutivo, conclui-se que ao suprimir esse texto na atual legislação o recurso deverá ser recebido em seu duplo efeito.

Sobre o tema, Francisco Claudio de Almeida Santos[354] se manifesta no sentido de que a Lei revogada trazia melhor disciplina da matéria e a Lei atual não trata dos efeitos da apelação, quando poderia dispor que o recurso teria apenas efeito devolutivo. Não o fazendo, os efeitos são os normais, devolutivo e suspensivo, mas, caso haja julgamento definitivo da cautelar, o efeito da apelação proferida na respectiva ação cautelar será apenas o devolutivo.

Embora a Lei se manifeste expressamente apenas sobre o recurso cabível da sentença da ação revocatória que será a apelação, destaca-se que em relação aos recursos cabíveis das decisões interlocutórias no curso do processo deve se aplicar o previsto no art. 1.015 do Código de Processo Civil de 2015.

4.6. Exceções

Conforme prevê o art. 131 da Lei falimentar[355], se os atos foram praticados como parte do plano de recuperação judicial não serão ineficazes. Dessa forma, neste caso, admite-se o reforço de garantias, a concessão de descontos aos credores ou a venda do estabelecimento empresarial, por exemplo.

---

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

[354] SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. A ação revocatória na nova Lei de recuperação de empresas e de falências. In: SANTOS, Paulo Penalva (Coord.). A nova Lei de falências e de recuperação de empresas: Lei nº 11.101/2005. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 346.

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

Marinoni e Ricardo Alexandre da Silva[356] explicam que procurou o legislador prestigiar a vontade dos credores manifestada no plano de recuperação judicial. Assim, não seria razoável permitir que o plano deliberado pelos credores pudesse ser considerado ineficaz em relação à massa falida.

Outra exceção mencionada na legislação refere-se às operações de securitização no mercado financeiro, que não estão sujeitas à ineficácia ou ação revocatória, conforme o § único do art. 136[357]. Trata-se de uma proteção aos portadores de valores mobiliários que adquiriram recebíveis em razão do seu relevante papel no financiamento às atividades empresariais.

Ricardo Tepedino alerta que embora possa parecer que o referido dispositivo tenha dado uma espécie de carta de corso à securitização, a interpretação mais adequada é no sentido de que "ocorrendo um conluio fraudulento entre o falido e o securitizador, não se poderá retirar a eficácia da cessão dos créditos que lastrearam a emissão dos títulos".[358]

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Infelizmente, historicamente tornou-se comum que empresários, quando colocados em situações de extrema dificuldade financeira, pratiquem atos que prejudicam credores ou beneficiam alguns em detrimento de outros, em troca de vantagens econômicas. Nesse sentido, objetivando tornar esses atos ineficazes perante a massa falida que o legislador inseriu os artigos 129 e 130 da Lei 11.101/2005. Tais atos considerados ineficazes não produzirão efeitos perante a massa falida.

O recado dado pela Lei de falência foi claro no sentido de que não haja beneficio a credores em detrimento do concurso.

Como visto, os atos ineficazes são enumerados no texto legal, enquanto os revogáveis não. Ainda, ineficazes devem ter sido realizados dentro de um prazo legal enquanto os revogáveis não. Essa distinção feita pelo legislador também refletiu nas medidas processuais, podendo a ineficácia ser declarada de ofício em incidente e na revocatória há necessidade de

---

[356] MARINONI, Luiz Guilherme; SILVA, Ricardo Alexandre. Aspectos Processuais da Decretação de Ineficácia e da Ação Revocatória Falimentar. In: ABRÃO, Carlos Henrique; ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei. (Org.). 10 Anos de Vigência da Lei de Recuperação e Falência. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 137.

[357] Art. 136, § 1º Na hipótese de securitização de créditos do devedor, não será declarada a ineficácia ou revogado o ato de cessão em prejuízo dos direitos dos portadores de valores mobiliários emitidos pelo securitizador.

[358] TEPEDINO, Ricardo. Da Ineficácia e da Revogação de Atos Praticados Antes da Falência in: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 475.

propositura de ação, o que repercute também no recurso cabível, agravo de instrumento na ineficácia e apelação na revocatória. Aliás, a principal modificação introduzida pela Lei de 2005 em substituição ao Decreto- Lei de 1945 foi o instrumento processual de declaração de ineficácia objetiva.

Tamanha a força dos institutos aqui abordados que, a título de exemplo, recomenda-se somente a compra de um estabelecimento comercial durante a recuperação judicial ou falência. Fora disso, se empresa está em crise, corre-se grande risco de ineficácia ou ação revocatória.

Ainda, ressalta-se que a decisão da utilização do disposto nos artigos 129 e 130 deve ser estudada criteriosamente, especialmente pelo administrador judicial, pois de seu ato, poderá ocorrer uma ação de restituição, importando na diminuição da massa e conseqüentemente da garantia dos credores.

Por fim, destaca-se a importância dos institutos aqui trabalhados, especialmente em razão da atual conjuntura econômica de nosso país que tem contribuído para o expressivo aumento de falências decretadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, NELSON. **Da ação revocatória.** 2. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1997.
BESSONE, Darcy. **Instituições de direito falimentar**. São Paulo: Saraiva, 1995, p.24.

CAMPINHO, Sergio. **Falência e recuperação de empresa: O novo regime da insolvência empresarial.** 7ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2015, p. 395.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasiLeiro**. v. VII. Livro V. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960, p. 150- 158.
COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de falências e de recuperação de empresas.** 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Da ineficácia e da revogação de atos praticados antes da falência.** Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 53, p. 227-261, jul-set/2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Ação revocatória falimentar, litisconsórcio necessário e *querela nullitatis insanabilis*.** Soluções práticas - Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, Out/2011, p. 323.

MARINONI, Luiz Guilherme; SILVA, Ricardo Alexandre. **Aspectos Processuais da Decretação de Ineficácia e da Ação Revocatória Falimentar.** In: ABRÃO, Carlos Henrique;

ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei. (Org.). 10 Anos de Vigência da Lei de Recuperação e Falência. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 119-158.

MARTIN, Antonio. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes (Coord.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência.** 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 480.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 136.

NETO, Luiz Inácio Vigil, **Teoria Falimentar e Regimes Recuperatórios: estudos sobre a Lei n. 11.101/05**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p.260-276.

NOGUEIRA, Ricardo José Negrão. **Ineficácia e revogação de atos praticados antes da falência**. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva**. Instituições de direito civil**. Vol. I. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 632.

PERIN JÚNIOR, Ecio. **Curso de direito falimentar e recuperação de empresa**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.307.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**. São Paulo: Saraiva, 1989.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. **A ação revocatória na nova Lei de recuperação de empresas e de falências**. In: SANTOS, Paulo Penalva (Coord.). A nova Lei de falências e de recuperação de empresas: Lei nº 11.101/2005. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TEPEDINO, Ricardo. D**a Ineficácia e da Revogação de Atos Praticados Antes da Falência** in: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Saraiva, 2012.

A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE GRUPOS EMPRESARIAIS

Wagner Luis Machado[359]

RESUMO: O concurso de credores no processo de grupos empresarias não tem amparo objetivo da Lei 11.101/2005. É importante, por exemplo, saber se, no processo de recuperação judicial, se manterá a autonomia patrimonial ou se há elementos que demonstrem o abuso da personalidade jurídica e a eventual confusão patrimonial. A forma como o plano de reestruturação deve ser apresentado e votado é questão que deve ser explicitada pelo julgador, para que a devedora estabeleça a sua estratégia, e o credor conheça a sua posição do quadro de credores. Esses e outros aspectos formais e processuais serão tratados neste trabalho que visa demonstrar a importância do tema e a necessidade de uma análise crítica e constante nos processos de recuperação judicial. Tratar-se-á fundamentos teóricos e problemas práticos para que se possa identificar a sensibilidade dos assuntos e saber que tão importante quanto a taxatividade dos dispositivos legais, é a eficiência da aplicação da lei e a proteção da função social da empresa.

Palavras-chaves: Recuperação judicial. Grupos empresariais. Litisconsórcio ativo. Consolidação processual. Consolidação substancial. Plano único. Plano individualizado.

Sumário: 1 Introdução. 2 Grupos empresariais. 3 O litisconsórcio no sistema recuperacional. 4 Da consolidação processual e substancial. 5 Da competência para o processamento de recuperação judicial de grupo empresarial. 6 Considerações sobre a apresentação de plano de reestruturação de grupos empresariais. 7 Assembleia de credores como ferramenta de adequação às questões de fato – consolidação substancial voluntária. Conclusão. Referências

1 INTRODUÇÃO

"Tudo evolui; não há realidades eternas: tal qual não há verdades absolutas." Assim como a evolução humana abordada pelo filósofo alemão Friedrich Nietzsche no livro *Humano, Demasiado Humano*, as organizações empresariais sofrem constantes alterações, muitas delas atreladas ao seu modelo de negócio, buscando acompanhar as mudanças do mercado.

Organizar-se em grupos de empresas é imperioso:

> "resulta da necessidade de racionalização de custos de certas atividades produtivas. Trata-se, portanto, de uma estrutura de *forma* admitida pela lei

[359] Advogado. Formado pela Escola Superior do Ministério Público/RS, com pós-graduação em Direito Empresarial, Instituto de Desenvolvimento Cultural – IDC, formação complementar em Reestruturação e Recuperação de Empresas (INSPER / TMA, São Paulo), membro da Comissão de Recuperação e Falência da OAB/RS, Coordenador do Grupo de Estudos em Recuperação Judicial CEJA/OAB, Integrante do NEF/UFRGS – Núcleo de Estudos em Falências e Recuperação Judicial.

> societária e que tem como função econômica permitir maior eficiência na exploração da atividade empresária"[360].

A ascensão dessa prática está ligada à economia globalizada trazida pela era da informação.

A partir da crise de 2008, houve um aumento do ingresso de processos de recuperação judicial de empresários e de sociedades empresárias, aumentando, na mesma proporção, as discussões jurídicas sobre o instituto do direito concursal, sendo a possibilidade e o procedimento de recuperação judicial de grupos empresariais um debate hodierno e que trataremos aqui por um viés mais prático.

Há, em nosso cenário jurídico, decisões antagônicas, quando o tema envolve grupos empresariais no sentido *lato sensu*, e isso se deve, em grande parte, à ausência de previsão legal na legislação falimentar quanto ao tratamento que deve ser dado quando há mais de uma sociedade empresária buscando o seu soerguimento.

Temos decisões, por exemplo, que determinam, de ofício, à recuperanda a inclusão de outras empresas do grupo empresarial, mesmo que não haja qualquer tipo de confusão patrimonial, e tenham, entre elas, autonomia patrimonial, o que entendemos, *a priori,* equivocado, seja pela ausência de previsão legal, seja pela inocorrência de litisconsórcio necessário nesses casos, seja por ferir o princípio dispositivo, seja pela necessária preservação ao princípio da autonomia patrimonial das empresas.

Ainda, há discussões sobre a forma de apresentação do plano de recuperação judicial, o sistema de votação a ser adotado na assembleia geral de credores, os reflexos de resultados divergentes na assembleia de credores quando parte do grupo empresarial consegue a aprovação do plano, e outra parte tem seu plano rejeitado e, consequentemente, discute-se a extensão da falência nesses conglomerados empresariais.

É importante que possamos entender os reflexos que cada decisão pode trazer às recuperandas e aos credores, isso porque uma crise econômica, financeira e patrimonial em um grupo de empresas atinge, geralmente, todos os seus participantes, atingindo, em consequência, todos os seus credores. A solução, na medida do possível, deverá ser sempre macro, buscando a reestruturação de todas as empresas do grupo, conservando-se o direito dos credores, buscando o melhor para a maioria do conjunto.

---

[360] TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; PUGLIESI, Adriana V. Capítulo VII. A recuperação Judicial in CARVALHOSA, Modesto. **Tratado de Direito Empresarial.** São Paulo: Revista do Tribunais Ltda, 2016, p. 183.

2 GRUPOS EMPRESARIAIS

Grupo é para a sociedade o que a família é para as pessoas físicas. Ele, como a família, não possui personalidade jurídica, mas seus membros sim. Assim como ocorre com os genitores, a responsabilidade da sociedade controladora ou de comando deve ser excepcional em relação a atos praticados por suas controladas ou filiadas.[361]

Antes de adentrarmos e analisarmos com maior propriedade o direito concursal, é preciso conhecer um pouco da funcionalidade dos grupos empresariais em nosso ordenamento jurídico. Cediço que os grupos de empresas poderão ser classificados em grupos de direito e grupos de fato de acordo com a sua constituição.

Os grupos de direito são aqueles devidamente registrados no Registro Público de Empresas mediante convenção onde fica explicitada a forma de organização entre as sociedades coligadas, obrigando-se a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns.[362]

Destaca-se que, mesmo convencionado o grupo econômico de direito, as sociedades integrantes do conglomerado preservam personalidade e patrimônios distintos.[363]

Os grupos de fato têm a mesma finalidade dos grupos de direito, porém sem a mesma formalização. Eles combinam recursos e esforços em prol de um determinado objetivo, geralmente têm diretores e estrutura societária semelhantes, as garantias são cruzadas, e as operações muitas vezes são complementares.

Para a recuperação judicial, é necessário que o grupo de fato seja reconhecido[364], e que os elementos que o constituem fiquem evidenciados, haja vista que situações pontuais, como coobrigações em contratos, por si só não demonstram a existência de grupo econômico[365].

---

[361] CARVALHOSA, Modesto. KUYVEN, Fernando. Sociedades Anônimas. CARVALHOSA, Modesto. **Tratado de Direito Empresarial.** São Paulo: Revista do Tribunais Ltda, 2016, p. 1.030.

[362] Art. 265 da Lei 6.404/1976.

[363] Art. 266 da Lei 6.404/1976.

[364] Sobre o litisconsórcio ativo de grupo econômico de fato vide Agravo de Instrumento Nº 70068577972, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 04/04/2016

[365] Agravo de Instrumento Nº 70067716001, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Léo Romi Pilau Júnior, Julgado em 30/03/2016

3 O LITISCONSÓRCIO NO SISTEMA RECUPERACIONAL

A Lei 11.101/2005, ao utilizar o substantivo que identifica a empresa recuperanda como devedor, empresário e sociedade empresária, usa a expressão sempre no singular[366]. Também não há nenhuma referência tratando de grupo de empresas, grupo econômico, conglomerado econômico ou quaisquer outras do gênero, como há, por exemplo na legislação Espanhola[367] no *Artículo 25. Declaración conjunta de concurso de varios deudores* e no *Artículo 25 bis. Acumulación de concursos*. Contudo não significa a impossibilidade da pluralidade de pessoas no processo de recuperação, isso porque cabe ao Código de Processo Civil regular esse instituto. Temos, assim, que a solução que possibilita a união de empresas está na aplicação do CPC como norma subsidiária prevista no art. 189 da LRF[368].

Não aprofundaremos a pluralidade de partes desenvolvida pelo CPC por entendermos não ser necessário, limitando a abordagem ao litisconsórcio ativo facultativo, porque é esse o principal instituto utilizado em um processo de recuperação, analisando-se o caso concreto.

O CPC prevê em seu artigo 113[369] que duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente quando apresentado alguns requisitos, como a ocorrência de afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito, expressa no inciso III.

O art. 113 do CPC é claro ao possibilitar a participação de pluralidade de litigantes, ou seja, é uma faculdade do devedor[370] fazer o requerimento de recuperação judicial com as demais empresas do grupo, não podendo ninguém ser compelido a participar, exceto quando evidenciado o abuso da personalidade jurídica. Importante destacar que a possibilidade de litisconsórcio ativo não retira a necessidade de cada empresa apresentar o cumprimento dos requisitos necessários para o pleito de recuperação judicial[371].

---

[366] Podemos ver nos exemplos do Art. 1.º; art. 3.º; art. 5.º; art. 6º; art. 7.º; art. 8.º; art. 12º; art. 22.º; art. 24.º;art. 25; entre outros

[367] Ley 22/2003. Localizada em https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-13813

[368] Art. 189. Aplica-se a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, no que couber, aos procedimentos previstos nesta Lei.

[369] Art. 113. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando:
I - entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide;
II - entre as causas houver conexão pelo pedido ou pela causa de pedir;
III - ocorrer afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito.

[370] Nesse sentido no Agravo de Instrumento Nº 70066336603, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 03/03/2016, refere que "Tenho que correta está a decisão atacada, primeiro porque o litisconsórcio ativo é faculdade do devedor, restando inviável a ocorrência do litisconsórcio ativo necessário ulterior."

[371] Agravo de Instrumento Nº 70072016512, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em 29/03/2017

Contudo há a possibilidade de o juiz limitar esse tipo de cumulação de partes, quando, por exemplo, ocasionar dificuldades à defesa ou trazer morosidade ao processo[372]. Na recuperação judicial, parte da doutrina e da jurisprudência entende que poderá haver a limitação do litisconsórcio facultativo, quando trouxer aos credores, principalmente da classe trabalhista, que são os mais hipossuficientes no concurso de credores, dificuldades ao acompanhamento do processo e ao comparecimento na assembleia de credores

Manuel Pereira Calças refere que:

> "[...] na medida em que o juiz tem o poder de presidir o processo de recuperação judicial, competirá a ele verificar se o processamento simultâneo e em processo único das recuperações judiciais das empresas requerentes não acarretará dificuldades aos credores, notadamente os titulares de crédito trabalhistas ou decorrentes de acidentes de trabalho, normalmente hipossuficientes. A localização das sedes das empresas é fator relevante para o juiz examinar se o processamento da recuperação judicial em local muito distante dos estabelecimentos das empresas do grupo econômico poderá implicar dificuldades para o comparecimento dos credores às assembleias gerais"[373].

Em contraponto, entendemos que a aplicação de limitação ao litisconsórcio facultativo não poderá se dar apenas por essa fundamentação, porque o credor, mesmo hipossuficiente, possui ferramentas para acompanhar o processo, seja nos casos de processo eletrônico, seja pelo *site* do administrador judicial (se disponível). Além disso, os credores, quando não existir a figura do sindicato, poderão outorgar procuração e indicar um único representante para comparecer à assembleia de credores, otimizando, assim, os custos e mantendo seu direito às deliberações do plano apresentado.

Insta explicitar que o devedor busca a recuperação em grupo por diversos fatores, entre eles está a segurança na uniformização das decisões; a celeridade na definição da reestruturação de todo o conglomerado econômico; a diminuição de custas processuais pela definição do teto cobrado em cada Tribunal; os custos com o administrador judicial tendem a ser menores; a facilitação na gestão processual com prazos andando concomitantemente; a economia nos procedimentos de assembleia de credores; um maior apelo na busca da função social da empresa com preservação dos empregos, a arrecadação de tributos, fomento da atividade econômica sem

---

[372] Código de Processo Civil. Art 113, §1.º: § 1o O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes na fase de conhecimento, na liquidação de sentença ou na execução, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa ou o cumprimento da sentença.

[373]CALÇAS, Manuela de Queiroz Pereira. Reflexos sobre o Litisconsórcio Ativo entre Empresa componentes de Grupo Econômico Na Recuperação Judicial. YARSHELL, Flavio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. **Processo Societário**. Vol II, p. 467-483.

falar, necessariamente, em proteção a credor ou devedor, como sustenta a teoria da superação do dualismo pendular. [374]

Todos esses elementos que favorecem tanto o devedor quanto os credores, não serão possíveis de serem sentidos no processo de recuperação se tivermos uma recuperação de cada empresa do grupo distribuída em comarcas diferentes, afetando, assim, a eficiência da lei.

4 DACONSOLIDAÇÃO PROCESSUAL E SUBSTANCIAL

Permitida a reunião de devedoras no pedido de recuperação judicial, há duas formas para o prosseguimento do processamento: uma é o agrupamento de partes em situação meramente formal, ao que chamamos de consolidação processual; a outra trata todos do polo ativo como um único bloco de passivos e ativos, o que conhecemos como consolidação substancial.

Em consolidação processual, mantém-se a individualidade da personalidade jurídica das sociedades, isso significa que cada um dos litisconsortes possui obrigações autônomas e absorverá de forma exclusiva o resultado de seu plano de recuperação judicial.

Os atos do processo poderão ser sincronizados, como a publicação dos editais do rol de credores e as assembleias para deliberação do plano de recuperação, contudo, dentro de cada ato, será observada a singularidade de cada sociedade, ou seja, os editais, por exemplo, deverão estar segmentados por empresas, e as assembleias deverão ter contabilizado os votos de cada uma das sociedades do grupo.

A consolidação processual busca garantir que o credor que concedeu o crédito mantenha a mesma posição que possuía quando houve a análise do *rating* de risco, isso porque a concessão de crédito, em tese, não levaria em consideração o potencial econômico do grupo, mas tão somente da sociedade devedora. Contudo os diversos avais cruzados, geralmente apresentados nos contratos de concessão de créditos, podem ser um claro indício de que o credor é conhecedor do conglomerado econômico, sendo essa a razão de fato pela concessão do crédito.

---

[374] Para que a Lei 11.101/2005 tenha maior eficiência de resultados, o juiz e professor Daniel Carnio Costa defende que é preciso superar o dualismo pendular apontado por Fábio Konder Comparato, ou seja, a lei não pode oscilar em sua evolução ora protegendo o credor, ora protegendo o devedor. É necessário que a lei proteja o processo de reestruturação para que a empresa atinja a sua finalidade social, mesmo que em detrimento aos seus próprios interesses ou a de seus credores. Recomenda-se a leitura de "Reflexões sobre processos de insolvência: divisão equilibrada de ônus, superação do dualismo pendular e gestão democrática de processos". COSTA, Daniela Carnio. **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista de Magistratura**. ano 16, nº 39, p. 59-77, Janeiro-Março/2015. São Paulo.

Vale dizer que a autonomia das sociedades em grupo garante que o resultado do plano possa ser divergente. "Assim, por exemplo, se a falência de apenas uma delas se impuser, não faz sentido estender a quebra às outras sociedades, que são recuperáveis."[375]

Na consolidação substancial, não há separação dos ativos do conglomerado econômico, o rol de credores é unificado, a apreciação do plano se dá em votação única na forma do art. 45, §§ 1.º e 2.º[376], e a aprovação ou rejeição do plano se estende a todas as sociedades do grupo, afastando-se a autonomia jurídica.

A consolidação substancial é medida excepcional e deverá ser adotada quando há, principalmente, confusão patrimonial entre as sociedades que pleitearam a recuperação judicial. Fatores como a similitude de sócios, o reconhecimento do mercado em atuação conjunta do grupo e a garantias cruzadas também deverão ser considerados na análise pelo juízo.

Em alguns casos, os magistrados estão definindo critérios objetivos para o deferimento da consolidação substancial por inexistir referência legislativa tanto em nosso ordenamento como em legislação alienígena, a exemplo do *US Bankruptcy Code.*

Os principais critérios adotados são a interconexão das empresas do grupo econômico, a existência de garantias cruzadas entre as companhias, a confusão patrimonial e de responsabilidade, a atuação conjunta no mercado, a similitude de sócios e diretores, a circulação de ativos entre as empresas[377].

É necessário que o julgador tenha a sensibilidade no deferimento do processamento para identificar os critérios acima, porque assim se dará a proteção tanto das devedoras, quanto dos credores, mas, principalmente, garantirá a proteção da finalidade buscada com o processo de recuperação, que é a sua função social com a manutenção da fonte produtora, a conservação dos empregos e o estímulo à atividade econômica, arrecadando tributos e fomentando mercado daquele setor.

Aos credores, a consolidação substancial protege de eventual surpresa com a extensão da falência às demais empresas do grupo. Isso poderá ocorrer nos casos de consolidação

---

[375] TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; PUGLIESI, Adriana V. Capítulo VII. A recuperação Judicial in CARVALHOSA, Modesto. **Tratado de Direito Empresarial.** São Paulo: Revista do Tribunais Ltda, 2016, p.185

[376] Art. 45. Nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, todas as classes de credores referidas no art. 41 desta Lei deverão aprovar a proposta.

§ 1º Em cada uma das classes referidas nos incisos II e III do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembléia e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes.

§ 2º Nas classes previstas nos incisos I e IV do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito.

[377] Na decisão do processo 1041383-05.2018.8.26.0100 que tramita na 1ª Vara de Falências e Recuperação Judiciais, proferida em 12 de julho de 2018, o Magistrado Daniel Carnio Costa traz com profundidade os critérios necessários para se estabelecer a consolidação substancial.

processual em que uma das sociedades tem o seu plano rejeitado e, na falência, se reconheça a desconsideração da personalidade jurídica.

5 DA COMPETÊNCIA PARA O PROCESSAMENTO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE GRUPO EMPRESARIAL

Ab initio, destaca-se que a competência estabelecida pelo art. 3.º da LRF[378] trata-se de competência absoluta[379] e não de mera competência relativa territorial. Assim sendo, a incompetência absoluta pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição e deve ser declarada de ofício[380].

Com o recebimento da peça inicial, compete ao juiz analisar, além dos requisitos de admissibilidade para o processamento[381], a sua competência para o prosseguimento do feito identificando se naquela Comarca está situado o principal estabelecimento do grupo de empresas e, em caso negativo, declinando a competência independentemente de provocação.

A questão inicialmente se apresenta singela, porque já superada a discussão de definição do principal estabelecimento[382] que há anos não se confunde mais com a sede da empresa[383]. Principal estabelecimento, para fins de definição da competência para o direito falimentar, é aquele em que se encontra concentrado o maior volume de negócio da empresa; é o mais importante do ponto de vista econômico[384].

Ocorre que, nem sempre, essa definição de principal estabelecimento é fácil de ser evidenciada principalmente quando identificado inúmeros estabelecimentos de mesma relevância econômica[385].

---

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

[379] CC 37.736/SP, 2ª S., Min. Nancy Andrighi, DJ de 16/08/2004.

[380] Código de Processo Civil de 2015. Art. 64, §1.º.

[381] Art. 52, da LRF.

[382]REsp. 1.006.093/DF, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, DJe de 16/10/2014

[383] CC 32.988/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 04/02/2002;e ainda mais antigo CC 1.930/SP, Rel. Min. ATHOS CARNEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, DJ de 25/11/1991.

[384] COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. Vol 3. Direito de Empresa. 13ª Ed. São Paulo. Saraiva. 2012. Pág. 279.

[385] Manuel Justino alerta para as dificuldades que os julgadores poderão encontrar quando da pluralidade de estabelecimentos houver intensa atividade ou concentração de administradores, com poder amplo de decisão. Além disso, ressalva a possibilidade desse aspecto para verdadeiras chicanas jurídicas e medidas protelatórias, onde o empresário poderá utilizar desse expediente para uma falência fraudulenta, requerendo o declínio de competência toda vez que apresentado o pedido de liquidação, sob o argumento de seu principal estabelecimento estar situação em outra comarca. Vide BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Lei** 11.101/2005. Comentada Artigo por Artigo. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 80.

Para SCALZILLI, SPINELLI e TELLECHEA[386]:

> "Em nosso sentir, possibilitar sociedades grupadas, com principais estabelecimentos em comarcas diversas, requererem recuperação judicial em litisconsórcio parece nada mais do que adequado e, em muitos casos, absolutamente necessário."

A doutrina vem entendendo que "existindo, como no caso das grandes redes de varejo, construtoras de atuação nacional e outros diversos estabelecimentos igualmente importantes sob o ponto de vista econômico, e sendo um deles o da sede da devedora, este prevalece sobre os demais, na definição do juízo competente"[387] [388].

Importante frisar que a sede, as operações administrativas e até mesmo reclamatórias trabalhistas[389], por si sós, não são suficientes para a declaração de competência, devendo ser observado sempre o volume de negócios com terceiros e o local do poder decisório emanado.

6 CONSIDERAÇÕES SOBRE A APRESENTAÇÃO DE PLANO DE REESTRUTURAÇÃO DE GRUPOS EMPRESARIAIS

Deferido o processamento da recuperação judicial (art. 52[390]), caberá às empresas que distribuíram o pleito, apresentarem plano de recuperação judicial no prazo de 60 dias (art. 53[391]). Nele constará de forma pormenorizada todos os meios que serão implementados na busca da reestruturação, e as formas como serão adimplidas as obrigações.

Nas condições de pagamentos, temos, normalmente, a previsão de deságios, período de carência, repactuação dos encargos financeiros, a indicação da periodicidade dos pagamentos (que não necessariamente precisam ser mensais, tendo-se em vista algumas operações com o ciclo financeiro maior) e, ainda, alongamento nos prazos de pagamento.

---

[386] SCALZILLI, João Pedro. SPINELLI, Luis Felipe. TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de Empresas e Falência**. Teoria e Prática na Lei 11.101/2005. São Paulo. Almedina. 2016. Pág.230

[387] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial.** Vol. 3. Direito de Empresa. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 280.

[388] CC 146.579/MG rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino DJ de 11/11/2016

[389] CC 157969/RS rel. Min. Paulo de Ricardo Villas BôasCuevas DJ de 30/04/2018

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

[391] Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convolação em falência, e deverá conter: [...]

No que tange à reorganização, medidas como a criação de subsidiária integral, incorporação (normalmente da empresa com menor operação), fusão, cisão, emissão de valores mobiliários e arrendamentos, estão entre os mais usuais, porém, tantas outras medidas poderão ser tomadas estejam elas ou não elencadas no rol do artigo 50 da LRF[392], haja vista tratar-se de rol meramente exemplificativo.

Outrossim, nenhuma outra forma de reestruturação é tão utilizada como a alienação de ativos, seja de forma individualizada, seja na forma de unidade produtiva isolada (UPI). De acordo com estudos realizados em 2017 pela PUC/SP e pela Associação Brasileira de Jurimetria[393], 35.5% dos planos aprovados preveem venda ou aluguel de UPI e 53.2% têm venda ou aluguel de outros bens que não se caracterizam como UPI.

Podemos perceber que o plano de recuperação normalmente traz impactos societários e nos ativos das empresas, necessitando sempre demonstrar a sua viabilidade econômica; logo, a apresentação de plano único ou individualizado[394] faz toda a diferença tanto para o conglomerado de empresas quanto para os seus credores.

Salienta-se que aqui trataremos do plano apresentado por empresas em litisconsórcio facultativo em consolidação processual, porque, por nossa ótica, nos casos de consolidação

---

[392] Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:
I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas;
II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente;
III – alteração do controle societário;
IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos;
V – concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar;
VI – aumento de capital social;
VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados;
VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva;
IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro;
X – constituição de sociedade de credores;
XI – venda parcial dos bens;
XII – equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica;
XIII – usufruto da empresa;
XIV – administração compartilhada;
XV – emissão de valores mobiliários;
XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.

[393] O estudo foi realizado apenas na cidade de São Paulo e analisou 194 recuperações judiciais distribuídas entre 01/09/2013 até 30/06/2016. O trabalho pode ser encontrado no site http://rpubs.com/abj/pucrj_pre e https://abj.org.br/cases/insolvencia/

[394] Por questões didáticas, será usada a expressão "único" para definir a apresentação um plano de recuperação consolidado entre as empresas e a expressão "individualizado" quando se tratar de mais de um plano de recuperação apresentado, não sendo, assim, utilizada a expressão "unitário".

substancial, o plano necessariamente deverá ser único, diante da confusão patrimonial e a possível extensão da falência às empresas do grupo.

A doutrina majoritária traz duas formas de apresentação do plano de empresas plurissocietária. A primeira possibilidade é a apresentação de plano individualizado que pode ser feito em documentos distintos ou em um único documento que separe a forma de pagamento das empresas. Pode-se dizer, nesse sentido, que se cuida de união formal entre as partes, na medida em que, muito embora os meios de recuperação estejam expostos em um mesmo documento, eles não compreendem a desconsideração à autonomia de cada uma das devedoras, cujos patrimônios respondem apenas perante os respectivos credores de cada recuperanda[395].

A jurisprudência vem referindo que o plano separado por empresas traz igualdade[396] entre os credores[397] em observância ao princípio do *pars conditio creditorium*[398], preservando, assim, a votação individualizada pelos credores de cada empresa[399] [400].

Na apresentação de plano individualizado, cada empresa precisará apresentar a demonstração de sua viabilidade econômica, o laudo econômico-financeiro e de avaliação de ativos, podendo, da mesma forma, ser apresentado em um único documento, desde que segregado por empresas.

O plano único (ou conjunto), por sua vez, consolida ativos e passivos em um único instrumento: quebra-se a autonomia patrimonial entre as empresas e as obrigações passam a ser do grupo recuperando e não mais de cada empresa. Ativos de maior valor poderão ser utilizados para adimplir quaisquer obrigações, desde que respeitado o interesse do credor possuidor de garantia real (art. 50, §1.º[401]).

---

[395] CEREZETTI, Sheila C. Neder. Grupos de Sociedades e Recuperação Judicial: O Indispensável Encontro entre Direitos Societário, Processual e Concursal. YARSHELL, Flavio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. **Processo Societário**. Vol II, p. 467-483.

[396] Assim, na recuperação judicial, pode-se exemplificar que o credor se iguala a outro em face de sua posição jurídica nas relações obrigacionais com o devedor e desiguala-se em face da natureza de seu crédito. *Vide* BARUFALDI, Wilson Alexandre. **Recuperação Judicial.** Estrutura e Aplicação de seus Princípios. Porto Alegre. Livraria do advogado. 2017. Pág.94.

[397]Agravo de Instrumento Nº 70076250448, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lusmary Fatima Turelly da Silva, Julgado em 25/04/2018

[398]Agravo de Instrumento Nº 70071551592, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em 29/03/2017

[399]Agravo de Instrumento Nº 70066202466, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em 11/11/2015.

[400]Agravo de Instrumento Nº 70062985171, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 28/05/2015.

[401] Art.50, § 1º Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia.

Na assembleia geral de credores para deliberação de plano único, todos os credores serão reunidos na mesma classe em que se enquadram seus créditos, sendo a forma de deliberação quanto à aprovação ou rejeição do plano as previstas no art. 45.

Destaca-se que tanto na consolidação processual quanto na consolidação substancial é plenamente possível a criação de subclasses de acordo com a homogeneidade de crédito, o que pode ocorrer pela natureza do crédito, pela importância do crédito ou qualquer outro critério de similitude, desde que devidamente justificado[402].

A apresentação de plano único só será possível, quando os litisconsortes estiverem em consolidação substancial declarada pelo juízo na forma explicitada acima ou por decisão assemblear, conforme veremos a seguir.

Assim, imperioso que as recuperandas apresentem, em sua exordial, o pleito liminar de declaração da consolidação substancial (declarando e demonstrando os requisitos de confusão patrimonial) ou a declaração de posterior requerimento de assembleia de credores para deliberação, uma vez que a consolidação substancial se trata de medida excepcional. Por sua vez, caso não haja manifestação expressa de consolidação substancial e não haja elementos que possibilitem a declaração *ex officio,* presumir-se-á a consolidação processual como forma de preservação do princípio da autonomia patrimonial e da *pars conditio creditorum.*

7 A ASSEMBLEIA DE CREDORES COMO FERRAMENTA DE ADEQUAÇÃO ÀS QUESTÕES DE FATO – CONSOLIDAÇÃO SUBSTANCIAL VOLUNTÁRIA

Não obstante os critérios apresentados para a declaração da consolidação substancial pelo juízo da causa, acreditamos ser plenamente possível, em casos de consolidação processual, a aplicação da consolidação substancial parcial ou integral oriunda da deliberação tomada em assembleia de credores.

Explica-se.

É comum termos situações onde há um desequilíbrio patrimonial e financeiro maior entre uma ou mais empresas, dissociado do conglomerado econômico, assim como hodiernamente encontramos empresas que, mesmo não possuindo uma grave crise, compõem grupos que pleiteiam a recuperação judicial.

---

[402] Esse é o entendimento do Enunciado 57 da I Jornada de Direito Comercial que refere: O plano de recuperação judicial deve prever tratamento igualitário para os membros da mesma classe de credores que possuam interesses homogêneos, sejam estes delineados em função da natureza do crédito, da importância do crédito ou de outro critério de similitude justificado pelo proponente do plano e homologado pelo magistrado.

Isso ocorre, porque o objetivo, muitas vezes, é fazer com que a empresa com a maior operação e/ou quantidade de ativos ou, em outros casos, a *holding* que administra o grupo, tenha uma maior absorção de obrigações perante a empresa que tem uma escassa operação e uma baixa representatividade de ativos.

Acontece que não é preciso a ocorrência de nenhum abuso, como a confusão patrimonial, para que se viabilize a consolidação substancial, ou seja, o abuso de personalidade jurídica das recuperandas não pode ser requisito obrigatório para a unificação de ativos e passivos, uma vez que plenamente possível que os credores possam deliberar acerca do melhor caminho a ser seguido para o cumprimento do plano.

A convocação de assembleias de credores para deliberar acerca da unificação de obrigações do grupo recuperando é direito dos credores e das empresas devedoras[403], não cabendo o afastamento por ordem judicial, seja porque é de sua competência a aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor (art. 35, I, *a*[404]), seja porque cabe à assembleia geral de credores deliberar qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores (art. 35, I, *f*[405]).

Ao ser apresentado o pleito de convocação de assembleia para deliberação da consolidação substancial, a devedora deverá apresentar, de forma pormenorizada, as razões que fundamentam o pedido, demonstrando a ausência de prejuízo aos credores envolvidos.

Não há uma definição quanto ao quórum de deliberação nesses casos, a dúvida está entre a aplicação do quórum simples previsto no art. 42[406], quando bastaria a maioria dos créditos presentes à assembleia de credores ou, por se tratar de deliberação que atinge de forma direta ao plano de recuperação e ao direito dos credores, aplicar-se-ia o quórum especial do art. 45 e seguintes.

Pela relevância da deliberação no direito dos credores e pelo possível impacto no processo de recuperação como um todo, entendemos que a forma mais criteriosa contida no art.

---

[403] Sobre a possibilidade de deliberação pela assembleia de credor de consolidação substancial e a consequente possibilidade de apresentação de plano individualizado ver o Agravo de Instrumento do Tribunal de Justiça de São Paulo n. 595.741.4/1 da relatoria do Desembargador José Lino Machado.

[404] Art. 35. A assembléia-geral de credores terá por atribuições deliberar sobre:
I – na recuperação judicial:
a) aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor;

[405] Art. 35 [...]
I – [...]
f) qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores;

[406] Art. 42. Considerar-se-á aprovada a proposta que obtiver votos favoráveis de credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembléia-geral, exceto nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial nos termos da alínea *a* do inciso I do **caput** do art. 35 desta Lei, a composição do Comitê de Credores ou forma alternativa de realização do ativo nos termos do art. 145 desta Lei.

45 seja a que traz mais transparência e segurança ao processo. A orientação ora adotada espelha a posição de Sheila Cerezetti[407] ao referir que:

> A decisão sobre a consolidação substancial deve ser tomada com base no quórum especial previsto para a aprovação do plano. A opção por esta via mais rígida justifica-se pela excepcionalidade da consolidação substancial e, em especial, pelos graves efeitos que ela pode gerar sobre os direitos dos credores. A deliberação pela consolidação não se confunde com uma decisão qualquer dos credores, a qual o quórum geral bem atende, mas se constitui em resolução da mais acentuada importância para o deslinde da recuperação e da satisfação dos créditos. Ela se aproxima mais da decisão sobre o plano do que de qualquer outra. Motivo ainda mais relevante para a adoção do quórum do art. 45 é o fato de que a decisão sobre a consolidação afeta diretamente a organização dos credores em classes e, caso aprovada, muda por completo a composição dos credores quando da votação do próprio plano de recuperação.

Aplicada a forma mais rígida de deliberação em assembleia de credores, nada mais coerente que usar a mesma aplicação no que tange ao *cram down* (art. 58, §§ 1.º e 2º[408]), sob o mesmo fundamento de relevância destacado acima e, ainda, deverá ser observado o abuso do direito de voto[409], este utilizado em qualquer formato de assembleia, coibindo a prevalência do interesse particular sobre a coletividade de credores.[410]

8 CONCLUSÃO

Não há mais questionamentos quanto à possibilidade de litisconsórcio ativo nos processos de recuperação judicial, desde que comprovada a conjunção de interesses que demonstrem a constituição dos grupos econômico de fato ou de direito.

---

[407] CEREZETTI, Sheila C. Neder. Grupos de Sociedades e Recuperação Judicial: O Indispensável Encontro entre Direitos Societário, Processual e Concursal. YARSHELL, Flavio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. **Processo Societário**. Vol II, p.779-780.

[408] Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembléia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.

§ 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembléia, tenha obtido, de forma cumulativa:

I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes;

II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas;

III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei.

§ 2º A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

[409] Código Civil de 2002: Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

[410] Acerca do tema vide BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do Direito de Voto Na Assembleia Geral de Credores**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

As questões que vêm sendo discutidas em nossos tribunais estão relacionadas aos procedimentos a serem adotados no curso do processamento da recuperação judicial, e, conforme explicitado neste artigo, os principais pontos de discussão são com relação à competência (quando há indefinição do principal centro de operação), a aplicação da consolidação processual ou substancial, a forma da apresentação do plano de recuperação e a apuração do quórum na assembleia geral de credores.

A aplicação da consolidação processual ou substancial deverá ser apurada de acordo com o caso concreto, identificando as condições em que as sociedades do conglomerado econômico se relacionam, apurando se há, de fato, autonomia da personalidade jurídica, unicidade (ou não) do controle de gestão e financeiro, autonomia patrimonial, entre outros fatores já destacados neste trabalho.

Essa análise possibilitará saber se é possível isolar os ativos e as obrigações de cada sociedade, a ponto de não haver confusão entre as sociedades do grupo econômico.

Em linhas gerais, não havendo excepcionalidade, aplicar-se-á a consolidação processual, com o intuito de garantir o *pars conditio creditorum* com a apresentação de planos individualizados por empresas, mesmo que em documento único, cuja votação em assembleia geral de credores também deverá ser separada e obedecido o quórum para cada sociedade empresária.

A contrário *sensu*, identificado o abuso da personalidade jurídica, seja pela confusão patrimonial ou qualquer outra ferramenta que demonstre a quebra da autonomia jurídica ou patrimonial da sociedade empresária, poderá haver a consolidação substancial, onde ativos e passivos do grupo econômico integrarão um único bloco, e a apresentação do plano de recuperação judicial e a votação em assembleia geral de credores serão, da mesma forma, feitas em um único ato.

Outrossim, nos casos onde a consolidação for mecanismo que viabilize o cumprimento das obrigações de todo o grupo, mesmo não havendo abuso de personalidade jurídica, poderá a assembleia de credores deliberar sobre a possibilidade de consolidação substancial voluntária, obedecendo-se ao quórum do art. 45 §§ 1º e 2.º da Lei 11.101/2005.

Acreditamos que a apreciação do litisconsórcio ativo deverá ser objeto necessário do juízo de análise do deferimento do processamento da recuperação judicial, explicitando desde o início as “regras do jogo” ou, indicando, ao menos, em que momento se dará o exame desse ponto. O que não se pode aceitar é a continuação da chamada consolidação substancial

silenciosa[411], onde juiz, administrador judicial, Ministério Público e credores não se manifestam, seguindo o processo à margem do enfrentamento da questão, ocorrendo uma verdadeira consolidação substancial pela inércia.

A decisão sobre o procedimento do litisconsórcio ativo é, sem sombra de dúvidas, a mais importante dentro do processo de recuperação judicial, porque ela trará reflexos na continuidade da demanda seja na lista de credores, seja na apresentação do plano, seja assembleia de credores, seja, até mesmo, na extensão dos efeitos de eventual falência.

Por essa razão que o julgador deverá se cercar de cautela na apreciação dessa condição, não apenas para verificar as questões formais e materiais, mas, principalmente, para buscar a maior eficiência da lei e garantir que a Lei 11.101/2005 não seja interpretada para proteção ao credor tampouco à devedora, mas, sim, à sociedade.

A recuperação Judicial é um importante instrumento jurídico-econômico gerido por privados e fiscalizado por agentes públicos com preponderância do interesse da sociedade. Sendo assim, é importante a convergência dos interesses entre devedoras e credores rateando os ônus do processo de recuperação, sendo que a eventual colisão de interesses deverá ser decidida tutelando o benefício social.

REFERÊNCIAS

BARUFALDI, Wilson Alexandre. **Recuperação Judicial.** Estrutura e Aplicação de seus Princípios. Porto Alegre. Livraria do advogado. 2017.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Lei** 11.101/2005. Comentada Artigo por Artigo. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do Direito de Voto Na Assembleia Geral de Credores**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

CALÇAS, Manuela de Queiroz Pereira. Reflexos sobre o Litisconsórcio Ativo entre Empresa componentes de Grupo Econômico Na Recuperação Judicial. YARSHELL, Flavio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. **Processo Societário**. Vol II.

CARVALHOSA, Modesto. KUYVEN, Fernando. Sociedades Anônimas. CARVALHOSA, Modesto. **Tratado de Direito Empresarial.** São Paulo: Revista do Tribunais Ltda, 2016.

CEREZETTI, Sheila C. Neder. Grupos de Sociedades e Recuperação Judicial: O Indispensável Encontro entre Direitos Societário, Processual e Concursal. YARSHELL, Flavio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. **Processo Societário**. Vol II.

CEREZETTI, Sheila Christina Neder; SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. A silenciosa "consolidação" da consolidação substancial. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 36, n. 131.

[411] CEREZETTI, Sheila Christina Neder; SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. A silenciosa "consolidação" da consolidação substancial. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 36, n. 131, p. 216-223, 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial.** Vol. 3. Direito de Empresa. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA, Daniela Carnio. "Reflexões sobre processos de insolvência: divisão equilibrada de ônus, superação do dualismo pendular e gestão democrática de processos". **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista de Magistratura**. ano 16, nº 39, p. 59-77, Janeiro-Março/2015. São Paulo.

SCALZILLI, João Pedro. SPINELLI, Luis Felipe. TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de Empresas e Falência**. Teoria e Prática na Lei 11.101/2005. São Paulo. Almedina. 2016.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; PUGLIESI, Adriana V. Capítulo VII. A recuperação Judicial in CARVALHOSA, Modesto. **Tratado de Direito Empresarial.** São Paulo: Revista do Tribunais Ltda, 2016.