

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

DIREITO EMPRESARIAL

Coordenação:

LILIAN ROSE LEMOS ROCHA

GUSTAVO RIBEIRO

GABRIEL R. ROZENDO PINTO

ISRAEL ROCHA LIMA M. FILHO

RICARDO VICTOR FERREIRA BASTOS

DANIEL RIBEIRO DOS SANTOS CORREIA

CADERNO DA PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

DIREITO

Empresarial

Coordenadores

Lilian Rose Lemos Rocha

Gustavo Ribeiro

Gabriel R. Rozendo Pinto

Israel Rocha Lima M. Filho

Ricardo Victor Ferreira Bastos

Daniel Ribeiro dos Santos Correia

Brasília

2018

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UniCEUB

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO - ICPD

Diretor

João Herculino de Souza Lopes Filho

Diretor Técnico

Rafael Aragão Souza Lopes

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Coordenadora

Lilian Rose Rocha Lemos

Projeto Gráfico

André Luís César Ramos

Diagramação

Biblioteca Reitor João Herculino

Capa

UniCEUB/ACC

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Caderno da pós-graduação em direito : direito empresarial / coordenadores,
Lilian Rose Lemos Rocha [el al.] – Brasília: UniCEUB : ICPD, 2018.

233 p.

ISBN 978-85-61990-88-6

1. Direito empresarial. I. Centro Universitário de Brasília. II. Título.

CDU 347.72

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

SEPN 707/709 Campus do CEUB

SUMÁRIO

PREFÁCIO	04
A CONTROVERSIA JURÍDICA/JUDICIAL QUANTO A APRESENTAÇÃO DAS CERTIDÕES NEGATIVAS DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E O PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL	05
<i>JOÃO FELIPE DE OLIVEIRA BRITO BLOM</i>	
A NECESSIDADE DO PROTESTO ESPECIAL PARA FINS FALIMENTARES - DESCABIMENTO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ QUE MITIGA A PREVISÃO LEGAL PARA DISPENSAR ESTE PROTESTO ESPECIAL	24
<i>ELEONORA APARECIDA VASCONCELOS SANTANA</i>	
A POSSIBILIDADE DO FISCO PROMOVER O PEDIDO DE FALÊNCIA DE EMPRESA EM CRISE PATRIMONIAL.....	35
<i>GABRIEL DOS SANTOS RIBEIRO SANT'ANA</i>	
A DIVERGÊNCIA NA PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL NAS LICITAÇÃO PÚBLICAS FACE AS LEIS VIGENTES E O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA	59
<i>TATIANA DE OLIVEIRA NAVARRO BARRETO</i>	
AS CONSEQUÊNCIAS DA HABILITAÇÃO DE CRÉDITO SUB JUDICE NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E SUA INVIABILIDADE	76
<i>GUSTAVO PRIETO MOISÉS</i>	
CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONTROLE DE LEGALIDADE NA ASSÉMBLEIA GERAL DE CREDORES EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	96
<i>VICTOR LIRA KOPP</i>	
DA NECESSÁRIA AUTORIZAÇÃO PRÉVIA DO CADE PARA CONSUMAÇÃO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO APROVADOS EM PROCESSOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL	109
<i>MARCUS VINICIUS SILVEIRA DE SÁ</i>	
INTERESSE DE AGIR DO FISCO NO PROCESSO DE FALÊNCIA SOB A ÈGIDE DA LEI Nº. 11.101 DE 2005.....	137
<i>NADYA VERAS JAROSZCYNKI</i>	

**O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA JUSTIFICA A ELISÃO DA
FALÊNCIA MEDIANTE O DEPÓSITO PARCIAL E EXTEMPORÂNEO 158**
BRUNO DA SILVA FLORÊNCIO

**OS PROBLEMAS JURÍDICOS NO PARCELAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO
NAS RECUPERAÇÕES JUDICIAIS 171**
DANIEL FRANCO FERREIRA

**PERSPECTIVAS DA LEI MODELO DA UNCITRAL A RESPEITO DA FALÊNCIA
TRANSNACIONAL 182**
GUSTAVO BERMÚDEZ FLÓREZ

PREFÁCIO

Pioneirismo sempre foi uma característica do UniCEUB; outra característica é a evolução permanente. A Instituição sempre acompanhou a evolução tecnológica e pedagógica do ensino. Isso se coaduna com a filosofia institucional que é a de preparar o homem integral por meio da busca do conhecimento e da verdade, assegurando-lhe a compreensão adequada de si mesmo e de sua responsabilidade social e profissional. Destarte, a missão institucional é a de gerar, sistematizar e disseminar o conhecimento visando à formação de cidadãos reflexivos e empreendedores, comprometidos com o desenvolvimento socioeconômico sustentável.

E não poderia ser diferente. Com a expansão do conteúdo acadêmico que se transpassa do físico para o virtual, do local para o universal, do restrito para o difundido, isso porque o papel não é mais apenas uma substância constituída por elementos fibrosos de origem vegetal, os quais formam uma pasta que se faz secar sob a forma de folhas delgadas donde se cria, modifica, transforma letras em palavras; palavras em textos; textos em conhecimento, não! O papel se virtualiza, se desenvolve, agora, no infinito, rebuscado de informações. Assim, o UniCeub acompanha essa evolução. É dessa forma que se desafia o leitor a compreender a atualidade, com a fonte que ora se entrega à leitura virtual, chamada de e-book.

Isso é resultado do esforço permanente, da incorporação da ciência desenvolvida no ambiente acadêmico, cujo resultado desperta emoção, um sentimento de beleza de que o conteúdo científico representa o diferencial profissional.

Portanto, convido-os a leitura desta obra, que reúne uma sucessão de artigos que são apresentados com grande presteza e maestria; com conteúdo forte e impactante; com sentimento e método, frutos da excelência acadêmica.

João Herculino de Souza Lopes Filho
Diretor ICPD/UniCEUB

A CONTROVERSIA JURÍDICA/JUDICIAL QUANTO A APRESENTAÇÃO DAS CERTIDÕES NEGATIVAS DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E O PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL

THE JUDICIAL CONTROVERSY REGARDING THE PRESENTATION OF THE NEGATIVE CERTIFICATES OF TAX DEBTS IN THE JUDICIAL RECOVERY AND THE FOLLOW-UP OF THE FISCAL EXECUTION

João Felipe de Oliveira Brito Blom¹

RESUMO

A Lei nº 11.101/05, buscou viabilizar a superação da situação de crise econômica financeira de empresa devedora, buscando, assim, sua preservação enquanto importante agente econômico, além de reconhecer sua função social. Para a concessão deste instituto pelo juiz, faz-se necessário, conforme primeira leitura do art. 57 da Lei de Falências, a apresentação de certidões negativas de débitos tributários. Igualmente, outro efeito do deferimento do processamento da Recuperação Judicial é a suspensão das execuções em face do devedor, com a exceção da execução da fiscal. No entanto, ambas as previsões legais envolvendo o crédito tributário na recuperação judicial são objetos de controvérsias no âmbito da doutrina e jurisprudência pátria, tendo o Governo do Distrito Federal, inclusive, interposto Ação Direta de Constitucionalidade face a estes dispositivos legais. Este artigo busca lançar luz nesta problemática, trazendo a jurisprudência atual do STJ, discorrendo sobre a ADC 46 e analisando as teses opostas. Com isso, tentar-se-á, na conclusão, oferecer alguma colaboração ao tema.

Palavras-Chave: Recuperação Judicial. Crédito Tributário. Controvérsia judicial.

ABSTRACT

The national Bankruptcy Law, sought to make it possible to overcome the crisis of a debtor company, seeking its preservation as an important economic agent in addition to recognizing its social function. For the granting of this institute by the judge, it is necessary, according to the first reading of art. 57 of the Bankruptcy Law, the presentation of negative certificates of tax debts. Equally, another of the effects of Judicial Recovery is the suspension of executions against the debtor, with the execution of the prosecutor. However, both legal provisions involving the tax credit in judicial recovery are subject to controversy within the framework of the doctrine

¹ Bacharel em Direito pelo UNICEUB. Pós-graduando em Direito Empresarial e Contratos pelo UNICEUB, Advogado Sócio do Escritório Blom & Turra Advogados. E-mail: jfelipeblom@gmail.com

and jurisprudence of the country, and the Federal District Government has even filed a Direct Action of Constitutionality with respect to these legal provisions. This article seeks to shed light on this issue, bringing the current jurisprudence of STJ court, discussing ADC 46, analyzing, finally, the arguments of opposing theses.

Keywords: Judicial recovery. Tax credit. Judicial controversy

1 INTRODUÇÃO

Após 60 (sessenta) anos de vigor da antiga Lei de Falências, Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, sobreveio a atual Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, atualizando a disciplina do direito que trata da situação de crise da empresa devedora, trazendo o instituto da recuperação judicial e extrajudicial, que, consoante diz o art. 47 da lei em comento, “tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor”, possibilitando - agora através de um instituto próprio inserido no direito pátrio, a recuperação de empresa viável para que esta possa retornar ao mercado e exercer suas atividades e seus fins².

Com efeito, estes institutos trazidos na Lei 11.101/2005 reforçaram a importância social e econômica da empresa, no sentido de buscar sua viabilidade e preservação como fonte produtora de riquezas, tributos e postos de trabalho³.

No entanto, não obstante as inovações e avanços, precipuamente no tocante a recuperação judicial, a Lei 11.101/2005 permanece suscitando críticas de ordem doutrinária e gerando controvérsias na seara jurisprudencial.

Nesse sentido, o presente artigo tratará de duas situações objeto de controvérsias no âmbito da doutrina e jurisprudência previstas na LREF envolvendo o crédito tributário da Fazenda Pública face a empresa devedora que se encontra em processo de recuperação judicial, sendo a primeira situação: **1)** a obrigatoriedade da prova de regularidade fiscal que o legislador deixou consignado no art. 57 da Lei 11.101/2005, impondo ao devedor solicitante da recuperação a quitação de seus débitos tributários ou pelo menos o seu parcelamento, com a consequente apresentação de certidões negativas de débitos tributários para que, somente após superada essa imposição, fosse concedida a recuperação judicial pelo juiz e; **2)** a exceção à regra de suspensão das execuções após o deferimento da recuperação

² SALLES DE TOLEDO, Paulo F. C. In SALLES DE TOLEDO, Paulo F. C., ABRÃO, Carlos Henrique (Orgs.), *Comentários a Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 51

³ GUERRA, Luiz. *Falências & Recuperação de Empresas. Crise econômico-financeira*. Comentário à Lei de Recuperações e Falências. Brasília: Guerra, 2011, p. 37

judicial concedida pelo legislador àquelas de natureza fiscal, previstas no art. 6º, § 7º da Lei 11.101/2005.

Partindo da análise da problemática de ambas as situações que exsurgem da Lei de Falências, será examinada, em seguida, a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema, além da Ação Direta de Constitucionalidade de número 46/DF proposta pelo Governador do Distrito Federal, que busca, objetivando proteger o crédito, confirmar a presunção de constitucionalidade e a plena aplicação de tais normas. Ao final, buscar-se-á, através de reflexões dos posicionamentos sustentados por aqueles que defendem a essência do instituto da recuperação judicial, e da tese sustentada pela Fazenda Pública, encontrar alguma colaboração para o assunto objeto do embate.

2 DOS FUNDAMENTOS DO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E DO TRATAMENTO DADO AO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

No direito anterior, vinha-se tornando cada vez mais robusta a crítica de que o dualismo que regia o direito falimentar, qual seja, “o de proteger o interesse pessoal do devedor, ou o interesse pessoal dos credores” não lograva êxito em propiciar soluções harmoniosas no plano da economia, dando a impressão de que o legislador do direito falimentar desconhecia a realidade da empresa e de todos os seus desdobramentos enquanto agente econômico.

Assim, visto que a compreensão atual na teoria do direito moderno considera a empresa uma unidade econômica organizada, visando a produção de bens e serviços que se constitui, principalmente, em um cadinho⁴ onde efervescem múltiplos interesses, ou, como ensina Ronald Coase, um feixe de contratos, como o pagamento do salário do empregado, a aquisição de insumos junto aos fornecedores, a geração de tributos e etc., esta não deve ser considerada, quando em situação de crise econômico-financeira, somente sob a ótica imediatista dos credores, seja ele o coletor de impostos, ou o cobrador de dívidas de qualquer natureza⁵.

⁴ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*, 16º ed., São Paulo: Saraiva, 1995. P. 250.

⁵ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*, 16º ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

Considerando, portanto, que o empresário ou a sociedade empresária apresenta-se como geratriz de utilidades, um dínamo rotativo de energias variadas⁶, para a produção de bens e serviços em proveito do mercado consumidor, houve por bem a alteração na legislação falimentar permitindo mecanismos para a efetiva recuperação de empresa devedora viável, surgindo, assim, a Lei nº 11.101/2005, também conhecida como Lei de Recuperação de Empresas e Falência.

A recuperação judicial, prevista na LREF, é o instituto jurídico, fundado na ética da solidariedade, que visa superar e sanear o indesejável estado de situação de crise econômico-financeira do empresário e da sociedade empresária devedora, objetivando preservar sua atividade para, assim, garantir a continuidade do emprego e incrementar o trabalho humano, garantido a satisfação, mesmo que de forma parcial e em diferentes condições, dos direitos dos credores mediante a apresentação, nos autos do processo de recuperação judicial, de um plano de reorganização, reestruturação e reerguimento, o qual, aprovado em assembleia e homologado pelo juiz, acarreta a novação das dívidas anteriores à recuperação judicial, obrigando todos os credores a ela sujeitos, incluindo os ausentes, os dissidentes e os que se abdicaram de participar das deliberações no âmbito da assembleia⁷.

Conforme o referido diploma legal, atendidos os requisitos do art. 48, quando o empresário-devedor requerer ao juízo competente da comarca onde se situa seu principal estabelecimento o deferimento do processo de recuperação judicial por uma das hipóteses previstas no art. 50 da mesma Lei, este deverá comprovar ao juízo as causas de sua situação patrimonial, as razões da crise econômico-financeira que experimenta, a sua viabilidade econômica e apresentar o plano a ser submetido aos credores para recuperação da empresa.

Como já apontado, o instituto da recuperação judicial, caso seja adequado para a empresa-devedora viável, busca, precipuamente, manter sua preservação enquanto atividade econômica e de sua função social.

Quanto a essa última característica, tem-se que no contexto pátrio, a ordem econômica e financeira encontra-se vinculada e balizada na Constituição Federal de

⁶ PACHECO, José da Silva. *Processo de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência*. 4º ed., Rio de Janeiro: Grupo Editorial Nacional, 2013, p. 143.

⁷ LOBO, Jorge. In SALLES DE TOLEDO, Paulo F. C., ABRÃO, Carlos Henrique (Orgs.), *Comentários a Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 168

1988, onde lá se encontram seus princípios gerais. Com efeito, o legislador constituinte originário fundou a ordem econômica na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, visando assegurar, para todos, uma existência digna, à luz da justiça social e atentando aos princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor, do meio ambiente, da busca do pleno emprego e da redução das desigualdades regionais e sociais.⁸ Nesse sentido, o instituto da recuperação judicial possibilita – expressamente em seu art. 47 – a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica, aproximado a legislação falimentar dos princípios e dispositivos previstos na Constituição Federal de 1988.

Eis que se encontram os fundamentos da recuperação judicial que desde 9 de junho de 2005 foi instituído no Brasil.

Nesse contexto de soerguimento da empresa, *ultima ratio* da recuperação judicial, e considerando o processo em si do instituto, fica evidenciado que a Fazenda Pública – além dos demais credores – possui inegável interesse na preservação da empresa e na manutenção de sua atividade econômica, com o consequente retorno ao mercado através da circulação de bens e serviços, até mesmo porque, somente assim, a empresa poderá honrar seus débitos tributários e o Fisco, por outro lado, ver-se satisfeito com o recebimento de seu crédito tributário.

Nesse sentido, não há dúvidas que no cenário do empresário/empreendedor brasileiro, as obrigações tributárias constituem grande parte do passivo das empresas em situação de crise, sendo, portanto, objeto de tratamento na Lei 11.101/2005.

No processo de recuperação judicial, a primeira oportunidade que a Lei trata do crédito tributário é no deferimento do seu processamento pelo juiz, consoante se verifica no art. 52, II.

Em outra ocasião, a qual integra o objeto do presente artigo, denota-se a referência ao crédito tributário no art. 6º, §7º, quando a Lei excepciona da suspensão das execuções, após o deferimento da recuperação judicial, a execução fiscal. Também se menciona o crédito tributário no processo de recuperação judicial nos arts. 57 (também objeto do presente estudo) e 68 da Lei 11.101/2005, sendo que o primeiro dispositivo legal determina a necessidade de se apresentar certidões negativas de débitos fiscais após a aprovação do plano de recuperação judicial,

⁸ PACHECO, José da Silva. *Processo de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência*. 4º ed., Rio de Janeiro: Grupo Editorial Nacional, 2013, p. 144.

enquanto o segundo dispositivo versa sobre a possibilidade de parcelamento do crédito tributário.

Por fim, há menção aos débitos de natureza fiscal do devedor no art. 60, parágrafo único, da Lei n. 11.101/2005, o qual presume que, no caso de alienação de filiais ou unidades produtivas isoladas da devedora, as obrigações fiscais não serão transmitidas ao adquirente.

Desta forma, após introduzir, ainda que de forma breve, a recuperação judicial e seu escopo, além de apresentar o tratamento dado pela Lei ao crédito tributário, verifica-se que tanto o art. 52, II, quanto o art. 60 traduzem, de forma clara, situações condizentes com os objetivos da recuperação judicial, precipuamente no sentido de proporcionar a preservação da empresa em dificuldade garantindo sua função social.

De outra parte, os arts. 6^a, § 7^o, e 57 trazem disposições que são motivos de controvérsia no âmbito da doutrina e jurisprudência pátria, sobretudo quando se vislumbra o embate entre o objetivo da recuperação judicial e a proteção ao crédito tributário, sendo que tal discussão, objeto do estudo, será melhor tratado nas próximas linhas.

3 DA CONTROVÉRSIA JURÍDICA/JUDICIAL QUANTO A EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA TRIBUTÁRIA PARA CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Conforme já exposto nos tópicos anteriores, o art. 57 da Lei 11.101/2005 exige a apresentação de certidões negativas de débitos tributários como condição para a concessão da recuperação judicial. Vejamos:

Art. 57. Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembleia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

De início já se verifica que a aprovação do plano de recuperação judicial pelos credores não basta para que seja garantido ao devedor a concessão da

recuperação judicial pelo juiz falimentar, visto a exigência da comprovação de regularidade fiscal, nos termos da legislação.

Com efeito, à luz da LRE, relativamente quanto ao plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor, há a possibilidade de ocorrer as seguintes hipóteses: **a)** decorrer o prazo de 30 (trinta) dias, ou o que for designado pelo magistrado no edital publicado, consoante se observa do parágrafo único do art. 53 (e art. 55), sem ter havido objeção do plano; **b)** a objeção do plano pelos credores, quando convocada pelo juiz a assembleia-geral de credores para deliberar sobre o plano, tendo, ao final, acontecido ou não a aprovação do plano; **c)** tendo assembleia-geral rejeitado o plano, o juiz convolar a recuperação em falência e **d)** acontecendo a aprovação, o plano será juntado aos autos do processo na forma que fora aprovada pela assembleia. Assim, a luz do art. 57, transcrito acima, tanto na hipótese do item “**a**” como o item “**d**” cabe ao devedor a apresentação de certidões negativas de débitos tributário⁹.

Também por força do art. 191-A do Código Tributário Nacional, o qual fora acrescentado pela LC n. 118/2005, art. 2º, o devedor deverá apresentar as certidões negativas de débitos tributários até a concessão da recuperação judicial.

Portanto, tendo sido aprovado o plano pela assembleia-geral de credores, ou na hipótese de ter havido objeção ou plano alternativo e substitutivo de credores, ou, ainda, no caso do transcurso do prazo de 30 (trinta) dias a partir do edital previsto no art. 53, parágrafo único, sem objeções dos credores, deve o devedor possuir certidão negativa de débitos tributários¹⁰.

Alguns autores entendem que a não apresentação das certidões por parte do devedor deverá acarretar no indeferimento puro e simples do pedido formulado.¹¹ De outro lado, há autores que sustentam que a não apresentação das certidões deveria conduzir à decretação da falência, uma vez que representaria o descumprimento de

⁹ PACHECO, José da Silva. *Processo de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência*. 4º ed., Rio de Janeiro: Grupo Editorial Nacional, 2013, p. 200.

¹⁰ PACHECO, José da Silva. *Processo de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência*. 4º ed., Rio de Janeiro: Grupo Editorial Nacional, 2013, p. 200.

¹¹ CAMPOS BATALHA, Wilson de Souza; RODRIGUES NETTO, Nelson; RODRIGUES NETTO, Sílvia Maria Labate Batalha. *Comentários à lei de recuperação judicial de empresas e falência*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 108; COVAS, Silvano. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 304.

um dos requisitos imprescindível à concessão de recuperação judicial.¹² Mesmo criticando a exigência, há autores que reconhecem que se não houver o pagamento dos tributos será decretada a falência do devedor¹³.

Por outro lado, a referida exigência, como também muitos autores e tribunais sustentam, e é aí que se inicia a controvérsia, iria de encontro aos ditames e princípios da recuperação judicial, além de conceder à Fazenda Pública privilégio na cobrança de seu crédito em detrimento dos demais credores que percorreram a fase da aprovação do plano de recuperação judicial¹⁴.

Nessa toada, sustentam que a) o dispositivo legal fere o princípio da preservação da empresa; b) a dispensa da certidão não significa a proibição da cobrança dos tributos pelas vias próprias, isto é, pela execução fiscal, já que – conforme será também abordado no presente artigo – não se suspendem em face da concessão da recuperação judicial, tendo, por isso, sob o manto do princípio da proporcionalidade e da preservação da empresa, inseridas na Constituição Federal de 1988 a possibilidade desta exigência do art. 57 ser afastada.

Tal controvérsia, ainda sob a ótica de diversos autores¹⁵, representa quadro de grande incoerência legislativa na busca pela preservação da empresa e na satisfação do crédito tributário, visto que, para alcançar o fim desta última, além das Fazendas Públicas situarem-se em certo grau de privilégio quando do recebimento do crédito no âmbito quadro geral de credores, esta ainda possui todo o aparato legislativo e operacional para atingir tal fim (execução fiscal que não se suspende – tema igualmente debatido neste artigo), sendo, portanto, a exigência prevista no referido artigo da Lei de Recuperação de Empresas e de Falências mais um “atalho” concedido ao Fisco para a imediata satisfação do crédito fiscal.

Quanto à possibilidade do parcelamento do débito tributário, para efeitos de emissão de certidão positivas com efeito de negativas, o art. 68 da LRE, bem como o art. 155-A, § 3º do CTN, dispõe:

12 COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 189;

13 LEITE, Harrison Ferreira. O entrave do artigo 191-A da lei complementar 118/2005 para a concessão da recuperação judicial. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coord.). Reflexos tributários da nova lei de falência: comentários à LC 118/2005. São Paulo: MP, 2005, p. 35-38.

14 BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Direito Empresarial IV. São Paulo: Saraiva, 2009.

15 MANDEL, Julio Kahan. *Certidões negativas fiscais: polêmicas em face da recuperação judicial de empresas*. Revista do Advogado, da Associação dos Advogados de São Paulo, a. XXIX, setembro de 2009, nº 105. p. 85-88.

Art. 68. As Fazendas Públicas e o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS poderão deferir, nos termos da legislação específica, parcelamento de seus créditos, em sede de recuperação judicial, de acordo com os parâmetros estabelecidos na Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

Art. 155-A. O parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

§ 3º Lei específica disporá sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

No entanto, a questão jurídica do parcelamento de débito fiscal do devedor em recuperação judicial também guarda, por si só dificuldade e controvérsias jurídicas que serão debatidas nas linhas abaixo.

A Lei de Recuperações de Empresas e Falências, pela leitura do art. 68, assinala que o parcelamento dos débitos de natureza tributária e previdenciária ocorrerá por meio de lei específica, a qual, seguindo o processo legislativo brasileiro, deverá ser votada e aprovada no âmbito do Poder Legislativo da Fazenda Pública credora.

Por sua vez o Código Tributário Nacional, como já exposto acima, também indica a previsão de lei específica que disponha acerca do parcelamento de débito tributário na situação do devedor em recuperação judicial. Ocorre que, ainda no CTN, o §4º do artigo 155-A, extrapolando a determinação da LREF¹⁶, afirma que:

Art. 155-A, §4. A inexistência de lei específica a que se refere o §3º deste artigo importa na aplicação das leis gerais de parcelamento do ente da Federação ao devedor em recuperação judicial, não podendo, neste caso, ser o prazo de parcelamento inferior ao concedido pela lei federal específica.

O professor Luiz Guerra entende que há manifesta contradição entre os §3º e 4º do art. 155-A do CTN, visto que a Lei Complementar 118 de 2005, aprovada para adaptar o Código Tributário Nacional ao instituto da recuperação judicial, ou seja, contemplar e resguardar o devedor em situação de crise econômico financeira, que

¹⁶ MANDEL, Julio Kahan. *Certidões negativas fiscais: polêmicas em face da recuperação judicial de empresas*. Revista do Advogado, da Associação dos Advogados de São Paulo, a. XXIX, setembro de 2009, nº 105. p. 85-88

se encontra – como a grande maioria do empresário brasileiro em crise – vivenciando grande dificuldade no pagamento dos tributos (além de outros débitos), acabou por prever a regra especial de parcelamento (§3º. 155-A, CTN) mas trouxe, logo em seguida, dispositivo que sujeita o devedor, na hipótese de inexistência legal de tal regramento específico, a regra comum, configurando, na opinião do citado autor, antinomia jurídica diante dos princípios de preservação da empresa da recuperação judicial¹⁷.

Nesse espeque, não obstante o advento da Lei 13.043 de 13/11/2014, que trouxe o parcelamento dos tributos federais, o legislador trouxe situação que beneficia as Fazendas Públicas Estaduais e Municipais pela sua própria negligência na aprovação da referida lei específica, quando, em realidade, deveria ser apenado pela sua morosidade, levando, caso assim fosse, o Poder Legislativo a produzir esta lei que, ao final, iria beneficiar o devedor em recuperação e a Fazenda Pública na satisfação de seu crédito. No entanto, o §4º. 155-A, CTN soterra a possibilidade imprimir esta urgência.

Há, desde já, portanto, entendimentos na doutrina e também na jurisprudência pátria (como será analisado em tópico específico) que a ausência de legislação específica que verse sobre o parcelamento do devedor em recuperação judicial eximiria o mesmo de apresentar as certidões negativas de débitos tributários que o art. 57 da Lei 11.101/2005 exige.

Logo, neste tópico, vislumbrou-se as dificuldades encontradas na legislação, no tocante a apresentação de certidão negativa de débitos tributários como condição de aprovação da recuperação judicial, bem como na possibilidade de seu parcelamento, visto que o Código Tributário Nacional possibilitou que na ausência da norma específica para o devedor em recuperação judicial este deverá se submeter a legislação comum.

4 DA CONTROVÉRSIA JURÍDICA/JUDICIAL QUANTO AO PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL APÓS A CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

¹⁷ GUERRA, Luiz. Falências & Recuperação de Empresas. Crise econômico-financeira. Comentário à Lei de Recuperações e Falências. Brasília: Guerra Editora, 2011, p. 608

Consoante dispõe o § 7º do artigo 6º da LFRE [11.101/05](#), as execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial. Vejamos o artigo em comento:

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.

(...)

§ 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.

Ao deferir a recuperação judicial, o magistrado determinará a suspensão das ações e execuções contra o devedor, excetuando-se as que demandem quantia ilíquida, as de natureza trabalhista e as execuções fiscais, pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias

Com efeito, considerando o posicionamento da Fazenda Pública, os créditos de natureza tributária não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial, não havendo a suspensão das execuções fiscais em curso, ressalvada a hipótese de parcelamento especial, como já exposto no tópico acima (e demonstrado sua dificuldade). A exclusão da execução fiscal decorre do fato de que o crédito fiscal não se sujeita a concurso de credores ou à recuperação judicial.

Ademais, pelo princípio da legalidade e pela indisponibilidade do interesse público, não se admite, a princípio, negociação sobre os créditos fiscais e, por isso, não há como inclui-los no processo de recuperação. O crédito tributário, por ser indisponível, não é sujeito à negociação ou repactuação livre como os demais créditos privados, sujeitos à recuperação judicial.

No entanto, o que se tem visto na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é que a não suspensão e o prosseguimento da execução fiscal, aliada à preferência do crédito tributário, não se constituem em autorização automática para a prática de todos os atos executórios, sendo do entendimento do STJ no sentido de

que a tomada de medidas constritivas pode atrapalhar o cumprimento do plano de recuperação judicial¹⁸.

Portanto, o STJ – em alguns julgados - aponta que a execução fiscal pode ser mantida até o momento que chegar à fase de alienação de bens ou apreensão de dinheiro da empresa em recuperação, deixando ao Juiz de Direito da Recuperação Judicial o poder de decidir se aliena, qual aliena, quando aliena e quando paga a execução fiscal, se é que paga.

Conclui-se, portanto, que da mesma forma que a necessidade da apresentação das certidões negativas para a concessão da recuperação judicial guarda divergências e conflitos na doutrina e principalmente na seara da jurisprudência, há na questão do prosseguimento da execução fiscal a mesma controvérsia, sobretudo considerando os recentes posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça que será esclarecido no tópico abaixo.

5 DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUANTO AO TEMA – MITIGAÇÃO DOS DISPOSITIVOS LEGAIS OBJETOS DO TEMA

Ambos os dispositivos legais que tratam do crédito tributário devido à empresa-devedora no processo de recuperação judicial, é, conforme já introduzido, objeto de embates na seara da doutrina e jurisprudência, sobretudo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito, quanto a obrigatoriedade da apresentação das certidões negativas de débitos tributários, o STJ vem, muitas vezes, afastando a aplicação da referida regra, sobretudo quando ausente a lei específica de parcelamento de débito tributário que o art. 68 da Lei 11.101 e o art. §3º do 155-A, CTN prevê. Nesse espeque, ainda nas instâncias inferiores, a jurisprudência já havia decidido nesse sentido como a Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais do TJSP, no julgamento do caso da VASP, que decidiu que a regra do art. 57 (que trata da apresentação de CND) só poderia ser aplicada quando fosse editada a lei específica que trata do

¹⁸ SILVA, Renaldo Limiro. *STJ admite execuções fiscais em recuperação judicial*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI257335,61044-STJ+admite+execucoes+fiscais+em+recuperacao+judicialasd>> Acesso em: 16 de abril de 2018.

parcelamento de crédito tributário para devedores em recuperação¹⁹. Nesse mesmo sentido foi aprovado o Enunciado nº 55 da I Jornada de Direito Comercial do CJF, na seguinte linha: “O parcelamento do crédito tributário na recuperação judicial é um direito do contribuinte, e não uma faculdade da Fazenda Pública, e, enquanto não for editada lei específica, não é cabível a aplicação do disposto no art. 57 da Lei n. [11.101/2005](#) e no art. 191-A do CTN”.

No REsp nº 1.187.404, o Superior Tribunal de Justiça confirmou tal entendimento, afirmando que:

O parcelamento tributário é direito da empresa em recuperação judicial que conduz a situação de regularidade fiscal, de modo que eventual descumprimento do que dispõe o art. 57 da LRF só pode ser atribuído, ao menos imediatamente e por ora, à ausência de legislação específica que discipline o parcelamento em sede de recuperação judicial, não constituindo ônus do contribuinte, enquanto se fizer inerte o legislador, a apresentação de certidões de regularidade fiscal para que lhe seja concedida a recuperação.²⁰

O referido julgado foi proveniente de agravo de instrumento interposto pelo Banco do Brasil S. A. contra decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Primavera do Leste/MT, que homologou o Plano de Recuperação Judicial (PRJ) de Viana Trading Importação e Exportação de Cereais Ltda. O agravante sustentou, dentre outras teses, a impossibilidade da homologação da recuperação judicial, visto que a sociedade recuperanda não apresentou as certidões negativas de débitos tributários, conforme exigido pelo art. 57 da Lei n. [11.101/2005](#) - Lei de Recuperação Judicial e Falência ([LRF](#)). O TJMT negou provimento ao agravo de instrumento e manteve a homologação do Plano.

No mesmo sentido:

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. AGRAVO REGIMENTAL. DISPENSA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO. POSSIBILIDADE.

¹⁹ RAMOS, André Luiz S. STJ dispensa apresentação de CND para concessão de recuperação judicial. <https://alcramos.jusbrasil.com.br/artigos/121943291/stj-dispensa-apresentacao-de-cnd-para-concessao-de-recuperacao-judicial> Acesso em: 17 de abril de 2018.

²⁰ STJ – REsp 1187404/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/6/2013, DJe 21/8/2013.

1. A apresentação de certidão negativa de débitos fiscais pelo contribuinte não é condição imposta ao deferimento do seu pedido de recuperação judicial. Precedente da Corte Especial.

2. Agravo regimental não provido.²¹

Quanto ao prosseguimento das execuções de natureza fiscal após o deferimento da recuperação judicial, igualmente o STJ – como já exposto no último tópico – vem mitigando tal aplicação, sobretudo quando ausente, também, lei específica editada pelo ente federativo sobre o parcelamento, no sentido de que a execução fiscal Vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. DEFERIMENTO DO PEDIDO LIMINAR PARA DETERMINAR QUE, NOS AUTOS DA EXECUÇÃO FISCAL, O JUÍZO DA VARA DO TRABALHO ABSTENHA-SE DE PRATICAR ATOS EXECUTÓRIOS QUE IMPORTEM NA CONSTRICÇÃO OU ALIENAÇÃO DE BENS DA EMPRESA SUSCITANTE E DESIGNAR O JUÍZO DE DIREITO EM QUE SE PROCESSA A RECUPERAÇÃO JUDICIAL PARA DECIDIR, EM CARÁTER PROVISÓRIO, AS MEDIDAS URGENTES.

1. DEFERIMENTO DO PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. NÃO SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO FISCAL, DEVENDO-SE, TODAVIA, SUBMETER A PRETENSÃO CONSTRITIVA DIRECIONADA AO PATRIMÔNIO DA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL AO JUÍZO UNIVERSAL. ENTENDIMENTO PERFILHADO PELA SEGUNDA SEÇÃO DESTA CORTE DE JUSTIÇA. 2. EXEGESE QUE NÃO ENSEJA INFRINGÊNCIA À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. INEXISTÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. 3. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. De acordo com o entendimento jurisprudencial consolidado no âmbito da Segunda Seção desta Corte de Justiça, embora o deferimento do processamento da recuperação judicial não tenha, por si só, o condão de suspender as execuções fiscais, na dicção do art. 6º, § 7º, da Lei n. 11.101/05, a pretensão constritiva direcionada ao patrimônio da empresa em recuperação judicial deve, sim, ser submetida à análise do juízo universal, em homenagem ao princípio da preservação da empresa.

²¹ STJ - AgRg no REsp 1376488/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 01/09/2014 – grifo nosso).

2. A exegese ora adotada, de modo algum, encerra violação ao Princípio da Reserva de Plenário, previsto no art. 97 da Constituição Federal, notadamente porque não se procedeu à declaração de inconstitucionalidade, mas sim à interpretação sistemática dos dispositivos legais sobre a matéria. Precedentes da Segunda Seção do STJ.

3. Agravo improvido.

(AgRg no CC 136.978/GO, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/12/2014, DJe 17/12/2014).

Ainda:

AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA - EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL - ATOS CONSTRITIVOS AO PATRIMÔNIO PRATICADOS EM SEDE DE EXECUÇÃO FISCAL - COMPETÊNCIA DO JUÍZO UNIVERSAL - PRECEDENTES.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que é do juízo em que se processa a recuperação judicial a competência para promover os atos de execução do patrimônio da empresa, evitando-se, assim, que medidas expropriatórias possam prejudicar o cumprimento do plano de soerguimento. Precedentes da Segunda Seção.

2. Inexistência de violação à cláusula de reserva de plenário, ante a simples realização de interpretação sistemática dos dispositivos normativos aplicáveis ao caso concreto.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no CC 125.205/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/02/2015, DJe 03/03/2015)

No entanto, os entendimentos acima não são regra geral no Superior Tribunal de Justiça, havendo, também, jurisprudência no sentido da plena aplicação dos dispositivos legais, razão pela qual, buscando garantir a constitucionalidade das normas, o Governador do Distrito Federal ajuizou Ação Declaratória de Constitucionalidade.

6 DA ADC 46 MOVIDA PELO GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL

A existência da controvérsia jurídica e jurisprudencial verificada na questão do crédito tributário na recuperação judicial, somando-se ao interesse da Fazenda Pública na aplicação da lei com o evidente fito de ver seu crédito satisfeito, levou o Governador do Distrito Federal a ajuizar Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 46) no Supremo Tribunal Federal. Nessa toada, o governador do Distrito Federal requer o reconhecimento da constitucionalidade de dispositivos da LREF e do Código Tributário Nacional (CTN) que preveem a exigência da CND para concessão da recuperação judicial, bem como pela continuação das execuções fiscais em face de devedores em recuperação judicial. O relator do processo é o ministro Celso de Mello, decano da Corte.

O crédito tributário, na tese sustentada pelo GDF na petição inicial, por ser indisponível, não é sujeito a negociação ou repactuação livre como os demais créditos privados, sujeitos à recuperação judicial. Somente por lei, em sentido estrito, o Estado pode conferir tratamento diferenciado ou desconto no pagamento de tributo. Igualmente, invocando o Código Tributário Nacional aduz que o crédito tributário detém preferência a qualquer outro, excepcionando somente os trabalhistas e os decorrentes de acidente de trabalho; na falência, não prefere os extra concursais, os sujeitos à restituição, e os com garantia real no valor do bem gravado.

Aduz ainda o GDF, que o crédito tributário, por se tratar de receita pública orçamentária e indisponível, vedaria a LRFE (Lei Federal) a obrigar os entes federados a transacionarem sobre seus créditos tributários, sem a edição de lei específica, prevista em lei, de cada ente federado, sob pena de flagrante violação à competência constitucional dos Estados versarem sobre seus créditos tributários (art. 24, I da CF), bem como sob pena de total afronta ao pacto federativo. Igualmente, ao impedir que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios deem prosseguimento a execução fiscal, possibilita que os credores privados esgotem o patrimônio da empresa para receber seus créditos e, para a Fazenda Pública, ficaria o que sobrar, o que inverteria a ordem dos credores. Isso porque o fisco não entra no rol dos credores que tratam da recuperação e, portanto, não receberá nada nos autos estaduais.

Buscando assegurar a validade do art. 57 da Lei 11.101/2005, aduz a petição inicial que as razões da jurisprudência (precipuaemente a do Superior Tribunal de Justiça, como em alguns julgados citados acima) entender que a apresentação de certidões negativas de débitos tributários inviabilizaria o plano de recuperação judicial aprovado em assembleia, não merecem prosperar, visto que não obstante a execução fiscal restar garantida, esta perderia a eficácia visto que eventual patrimônio seria desfeito em prol dos demais credores que participam do plano. Seria, ainda na linha argumentativa da petição inicial, o fim da busca forçada do crédito tributário.

Por fim, aduz que uma recuperação judicial nesses moldes relatados, além de causar prejuízo ao erário, não soluciona a continuidade da empresa em face das execuções fiscais remanescentes, e pode constituir-se em falência de fato, às avessas, sem considerar a ordem correta dos créditos devidos.

Verifica-se, portanto, e considerando a legitimidade do Governador do Distrito Federal em propor a Ação Direta de Constitucionalidade, que o mesmo busca por fim a essa controvérsia exposta no curso do artigo, sustentando as razões da Fazenda Pública e da garantia do crédito tributário no âmbito da recuperação judicial.

No andamento no sítio do Supremo Tribunal Federal, denota-se que o processo se encontra concluso ao Relator Min. Celso de Mello desde o dia 02/12/2016.

7. CONCLUSÃO

Ao longo do presente artigo, verificou-se que a necessidade de apresentação de certidão negativa de débitos tributário, bem com o prosseguimento da execução fiscal, a qual não se suspende na recuperação judicial, é, indubitavelmente, objeto de controvérsia.

O desiderato do presente artigo foi demonstrar, além da existência de tal embate, o posicionamento daqueles que sustentam que ambas as situações previstas na Lei 11.101/2005 e CTN, vão de encontro aos objetivos da recuperação judicial, enquanto outros, muitas vezes sem negar a intenção da lei, afirmam que a lei acerta ao definir tal tratamento ao crédito tributário. Por outro lado, há também a

previsibilidade na LRFE e no CTN da possibilidade das Fazendas Públicas e do INSS deferir, na existência de lei específica, parcelamento dos créditos tributários. No entanto, a depender do crédito tributário, a inexistência da lei dificultaria o cumprimento dos requisitos previstos na Lei de Falências.

A jurisprudência vem a confirmar tal controvérsia, havendo, precipuamente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, decisões que mitigam tais dispositivos e julgados que confirmam a aplicação da lei.

A depender da situação da empresa-devedora e a possibilidade de seu soerguimento – com a quitação dos débitos – e, considerando, ainda, o aparato legislativo que verse sobre o parcelamento do crédito tributário devido a Fazenda Pública Estadual ou Municipal, pode o juiz e os tribunais, que eventualmente apreciarem os recursos aviados, analisar a necessidade da apresentação das certidões negativas, ou do prosseguimento das medidas constritivas da execução fiscal.

No entanto, sem embargo do exposto acima, os fundamentos do Fisco, inclusive aqueles lançados na Ação Declaratória de Constitucionalidade de nº 46, proposta pelo Governador do Distrito Federal, no sentido de pugnam pela integral aplicação da lei (e sua constitucionalidade), também merecem atenção.

Assim, tal controvérsia deverá encontrar alguma solução, com o julgamento pelo pleno plenário do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Orgs.). *Comentários a Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUERRA, Luiz. *Falências & Recuperação de Empresas*. Crise econômico-financeira. Comentário à Lei de Recuperações e Falências. Brasília: Guerra, 2011.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

PACHECO, José da Silva. *Processo de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência*. 4. ed. Rio de Janeiro: Grupo Editorial Nacional, 2013.

BATALHA, Wilson de Souza Campos; NETTO, Nelson Rodrigues; NETTO, Sílvia Maria Labate Batalha Rodrigues. *Comentários à lei de recuperação judicial de empresas e falência*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005.

PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coord.). *Reflexos tributários da nova lei de falência: comentários à LC 118/2005*. São Paulo: MP, 2005.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Direito Empresarial IV*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MANDEL, Julio Kahan. Certidões negativas fiscais: polêmicas em face da recuperação judicial de empresas. *Revista do Advogado, da Associação dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, ano 29, n. 105, set. 2009.

RAMOS, André Luiz S. *STJ dispensa apresentação de CND para concessão de recuperação judicial*. Disponível em:
<<https://alcramos.jusbrasil.com.br/artigos/121943291/stj-dispensa-apresentacao-de-cnd-para-concessao-de-recuperacao-judicial>> Acesso em: 17 abr. 2018.

A NECESSIDADE DO PROTESTO ESPECIAL PARA FINS FALIMENTARES - DESCABIMENTO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ QUE MITIGA A PREVISÃO LEGAL PARA DISPENSAR ESTE PROTESTO ESPECIAL

THE NECESSITY OF SPECIAL PROTEST TO BANKRUPTCY ENDS - INANITY OF STJ'S JURISPRUDENCE THAT MITIGATES THE LEGAL FORECAST TO DISMISS THIS SPECIAL PROTEST

Eleonora Aparecida Vasconcelos Santana¹

RESUMO

Este trabalho discorrerá sobre a necessidade do protesto especial para se instruir o pedido de falência fundado na impontualidade injustificada do devedor empresário (artigo 94, I, da Lei 11.101/05). Demonstrar-se-á como a lei é taxativa ao prever essa modalidade de protesto no âmbito da ação falimentar, e, de forma incoerente, como o Superior Tribunal de Justiça pacificou a sua jurisprudência no sentido de dispensar o protesto especial em tais circunstâncias, fixando a plena validade do protesto comum para embasar o requerimento de falência. Assim, será feita uma reflexão sobre as razões por detrás da previsão legal do protesto especial, que coadunam com os princípios da preservação e da função social da empresa, culminando na conclusão de que necessariamente deve haver uma mudança de entendimento no âmbito do STJ.

Palavras-chave: Falência. Protesto especial. Jurisprudência do STJ.

ABSTRACT

This work will feature the necessity of special protest to instruct the bankruptcy request founded on the unjustified unpunctuality of the entrepreneur debtor (article 94, I, from Law 11.101/05). It will show how categorical the law is when preventing such protest modality in the field of bankruptcy action, and, in an incoherent way, how the Superior Tribunal of Justice pacified its jurisprudence in the way of dismissing the special protest in such circumstances, fixating the total validity of common protest to substantiate the bankruptcy requirement. That said, a

¹ Advogada. Pós-graduanda em Direito Empresarial e Direito dos Contratos (*lato sensu*) pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Associada do Escritório Hilário Vaz & Branquinho Advogados Associados (SHIS QL 14, Conjunto 05, Casa 02, Lago Sul, CEP: 71.640-055, Brasília-DF, Brasil). E-mail: eleonora@hvb.adv.br.

reflection will be carried out about the reasons behind the legal prevision of special protest, which harmonizes with preservation principles and the social function of the company, culminating in the conclusion that, necessarily, a change must be done in the field of the STJ's understanding.

Keywords: Bankruptcy. Special protest. STJ's jurisprudence.

1 A EXPRESSA PREVISÃO LEGAL DA NECESSIDADE DO PROTESTO ESPECIAL PARA FINS FALIMENTARES E O QUE ELE SIGNIFICA

Com o advento da Lei nº 9.492/97 foram disciplinadas as regras e procedimentos relativos ao tabelionato de protesto de títulos com o objetivo primordial de reger o serviço de protesto.² Em seu artigo 1º é trazida a definição do que é o protesto, veja: *"protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida"*.

Carlos Henrique Abrão comenta essa previsão legal com pertinentes ponderações:

Contempla o dispositivo transcrito duplo campo no qual se aloja o mecanismo instrumental do protesto: documento escrito que contenha uma determinada obrigação, ou aquele de projeção cambial onde estará preenchido para reger a relação entre as partes, mas sempre o protesto servirá como meio de prova na executoriedade forçada da obrigação.³

Assim, a modalidade de protesto extrajudicial prevista na lei em comento tem por finalidade comprovar a existência de dívida advinda de uma frustração de promessa cambial, através de ato público realizado por Tabelião de forma a conferir segurança jurídica a esse meio prova. Vicente de Abreu Amadei bem identifica os seguintes elementos que caracterizam o protesto ora tratado: "a) prova constituída por Notário; b) com segurança jurídica; c) de situação cambiária insatisfeita".⁴

² MARTINS, Sheila Luft. **Breves reflexões sobre o tabelionato de protestos**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 104, set. 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12237> Acesso em: 22 de abril de 2018.

³ ABRÃO, Carlos Henrique. **Do Protesto**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 6.

⁴ AMADEI, Vicente de Abreu. **O serviço de protesto de títulos deve ser extinto?** In: DIP, Ricardo Henry Marques (org.) Registros públicos e segurança jurídica. Porto Alegre: Safe, 2004, p. 75.

O protesto é enquadrado na categoria de *especial* quando surge em razão de um objetivo específico previsto legalmente.⁵ É o que sucede com o chamado protesto para fins falimentares prescrito nos artigos 94, inciso I e §3º da Lei 11.101/05 (Lei de Falências), e 23, parágrafo único, da Lei 9.492/97, veja-os respectivamente:

Art. 94. Será decretada a falência do devedor que:

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

§ 3º Na hipótese do inciso I do caput deste artigo, o pedido de falência será instruído com os títulos executivos na forma do parágrafo único do art. 9º desta Lei, acompanhados, em qualquer caso, dos respectivos instrumentos de protesto para fim falimentar nos termos da legislação específica.

Art. 23. Os termos dos protestos lavrados, inclusive para fins especiais, por falta de pagamento, de aceite ou de devolução serão registrados em um único livro e conterão as anotações do tipo e do motivo do protesto, além dos requisitos previstos no artigo anterior.

Parágrafo único. Somente poderão ser protestados, para fins falimentares, os títulos ou documentos de dívida de responsabilidade das pessoas sujeitas às conseqüências da legislação falimentar.

Então, esse tipo de protesto por falta de pagamento nada mais é do que a prova da impontualidade apta a justificar o pedido de falência fundado no inadimplemento a que alude o inciso I do art. 94 acima colacionado, isto é: o de obrigação inscrita em título(s) executivo(s) que ultrapasse o valor de quarenta salários mínimos.

A doutrina registra que o protesto falimentar deve ser cercado de cautela e maiores formalismos, uma vez que ele é:

(...) revestido de pressupostos e condições da própria ação falimentar, donde qualquer defeito terá o condão de infirmar a

⁵ MARTINS, Sheila Luft. **Breves Reflexões Sobre o Tabelionato de Protestos**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 104, set. 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12237> Acesso em: 22 de abril de 2018.

obrigação. O vício no protesto ou irregularidade no instrumento poderão ser invocados pelo contestante ou apreciados pelo juízo diretamente, por se cuidar de matéria jurídica essencial à formulação do pedido.⁶

Nesse passo, qualquer que seja o documento representativo da obrigação, se a intenção do credor for promover a execução concursal do devedor através do processo de falência, o protesto do(s) título(s) deve conter o registro específico de que ele está sendo realizado para fins falimentares, tal qual imposto pelo §3º do art. 94 da Lei de Falências, complementado pelo art. 23 da Lei 9.492/97, cuja redação é clara ao determinar a imprescindibilidade das "anotações do tipo e do motivo do protesto".

Cabe frisar, a exigência desse protesto especial é feita de forma absolutamente taxativa pela legislação, pois a Lei 11.101 inseriu no texto do §3º do art. 94 a expressão: "instrumentos de protesto *para fim falimentar*". E assim o fez para criar um mecanismo de alerta ao devedor empresário, pretendendo conceder efetividade aos basilares princípios da preservação e da função social da empresa, conforme se explicará mais adiante.

Ocorre que alguns autores diferem o protesto especial necessário para a instauração da falência do chamado protesto comum ou cambial, discorrendo que aquele seria direcionado apenas aos títulos não sujeitos ao protesto cambial, como a sentença judicial e a certidão de dívida ativa. Dentro deste pensamento, se o documento representativo da obrigação for título de crédito (nota promissória, letra de câmbio, cheque, etc.) o seu protesto comum seria hábil para embasar o pedido falimentar pela impontualidade.⁷

Em outras palavras, essa parcela da doutrina propaga que, no caso de título de crédito inadimplido, se atendidos os demais requisitos do inciso I do art. 94 da Lei Falimentar, é dispensável constar no instrumento de protesto que ele está sendo levado à efeito com o fim de instruir um provável pedido de falência do devedor empresário.

⁶ TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 248.

⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 352-353.

Embora esta não nos pareça ser a melhor interpretação conferida ao regramento legal da matéria, em sentido semelhante firmou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme será explanado detalhadamente a seguir.

2 A JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA DO STJ QUE MITIGA O PRESSUPOSTO LEGAL PARA TORNAR O PROTESTO ESPECIAL FALIMENTAR DISPENSÁVEL

A despeito da opção do legislador de prever expressamente o protesto especial como requisito para se deferir o requerimento de falência fundado na impontualidade injustificada - arts. 94, I, §3º da Lei 11.101/05 e 23 da Lei 9.492/97 - o Superior Tribunal de Justiça vem adotando a posição de que o protesto especial é inteiramente dispensável para tal escopo. Isto é, para aquela Corte, o protesto comum ou cambial é suficiente para se decretar a falência arguida segundo o inciso I do art. 94 da Lei Falimentar.

Esse entendimento surgiu na época da vigência da antiga legislação de falências, o Decreto-Lei 7.661/45, que dispunha em seu artigo 10: "os títulos não sujeitos a protesto obrigatório devem ser protestados, para o fim da presente Lei, nos cartórios de protesto de letras e títulos, onde haverá um livro especial para o seu registro". Logo, naquele tempo, a jurisprudência do STJ nada mais fez do que acompanhar a previsão legal, que exigia o protesto especial somente para os títulos não sujeitos ao protesto obrigatório, ou cambial.

Acontece que, conforme visto, essa ressalva não está presente na nova Lei 11.101/05, para a qual todos os instrumentos de protesto com fim falimentar, sem excluir os títulos que podem ser objeto de protesto cambial, precisam ser especiais, possuindo a menção evidente de que eles foram realizados com o intento de embasar eventual processo de falência.

Amador Paes de Almeida corrobora essa interpretação ao afirmar que na atual legislação "os títulos sujeitos a protesto para fins falimentares são os títulos executivos extrajudiciais, de que são exemplo a letra de câmbio, nota promissória, cheque e duplicata, entre outros".⁸

⁸ ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Recuperação de Empresa**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 30.

Assim, não obstante o advento do novo regramento falimentar, a c. Corte Superior vem perpetuando a jurisprudência de acordo com a qual o instrumento de protesto não precisa alertar o devedor empresário de que, acaso continue inadimplente, o credor almeja ingressar com ação requerendo a execução concursal através da falência da empresa.

Exemplos desse entendimento, hoje pacificado, podem ser encontrados nos julgamentos do Recurso Especial n.º 1.052.495-RS (2008/0089812-8), de Relatoria do Ministro Massami Uyeda e do Recurso Especial n.º 245.648-SP (2000/0005131-4), de Relatoria do Ministro Barros Monteiro. Na primeira hipótese, julgada após a promulgação da 11.101/05, o voto condutor do e. Relator fez alusão, principalmente, à decisões proferidas sob a égide do Decreto-Lei 7.661/45, estabelecendo de maneira direta que:

Em arremate, alusivamente ao art. 94, § 3º, da Lei n. 11.101/05, esta Corte já sedimentou que é prescindível o protesto especial para a formulação do pedido de falência. Confira-se:

"FALÊNCIA. DUPLICATA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. TÍTULO HÁBIL A EMBASAR O PEDIDO DE FALÊNCIA. PROTESTO ESPECIAL. DESNECESSIDADE. - A duplicata de prestação de serviços, uma vez satisfeitos os requisitos previstos para legitimar a ação executiva, é título hábil a instruir o pedido de falência. Precedentes. - Desnecessidade do protesto especial a que alude o art. 10 da Lei de Falências." (REsp 245.648/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 04/10/2004). E, ainda: REsp 674.125/GO, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 12/03/2007; REsp 248143/PR, 3ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 12/06/2000; REsp 203791/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio Figueiredo Teixeira, DJ 28/06/1999. ⁹

Por sua vez, o REsp 245.648-SP, decidido antes da vigência da nova Lei de Falências, propagou a mesma linha de raciocínio ao discorrer sobre o art. 10 do revogado Decreto-Lei 7.661/45, confira:

⁹ Brasil, Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 1.052.495-RS. Recorrente: REDIBRAS - Distribuidora de Alimentos LTDA. Recorrida: Química Amparo LTDA. Voto do Ministro Relator Massami Uyeda. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=5941591&num_registro=200800898128&data=20091118&tipo=91&formato=PDF> Acesso em: 22 de abril de 2018.

A duplicata de prestação de serviços, uma vez comprovada a efetiva prestação de serviços e o vínculo contratual que a autorizou, é título hábil a embasar a execução e, por conseguinte, o pedido de falência (...)

Com efeito, inaplicável é à espécie a regra do art. 10 da mesma Lei Falencial. O referido dispositivo legal, concernente ao protesto especial, diz respeito àqueles títulos não sujeitos a protesto obrigatório, o que não é a hipótese ora em exame. *Suficiente, pois, o protesto comum, demonstrativo da impontualidade do devedor.*

Confirmam-se, nesse ponto, os seguintes precedentes deste Tribunal: REsp nº 248.143-PR, Relator Ministro Ari Pargendler; REsp nº 203.791-MG, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira; e REsp 211.039-RS, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.¹⁰

Ademais, é curioso notar que tal posicionamento se firmou com maior força após a edição da Súmula nº 361 do Superior Tribunal de Justiça, por meio dos julgados que foram interpretando o enunciado sumular fixando que o protesto especial seria prescindível para a formulação do pedido de falência. Esse fenômeno é "curioso" porque justamente a referida Súmula só faz confirmar a exigência do protesto específico para o escopo falimentar, veja: "Súmula 361. A notificação do protesto, *para requerimento de falência da empresa devedora*, exige a identificação da pessoa que a recebeu".

Logo, é incompreensível que o STJ tenha mitigado um pressuposto explícito na legislação, contrariando, inclusive, a orientação da sua própria Súmula 361, para assentar que o simples protesto comum é capaz de alicerçar um pedido tão sério como é o de decretação da falência. Essa exegese, aliás, viola os festejados princípios da preservação da empresa e da sua função social, conforme se explicará doravante.

¹⁰ Brasil, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 245.648-SP (2000/0005131-4). Recorrente: Chocolates Dizioli S/A. Recorrido: Rápido Transporte Guido LTDA. Voto do Ministro Relator Barros Monteiro. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1230811&num_registro=200000051314&data=20041004&tipo=51&formato=PDF> Acesso em: 22 de abril de 2018.

3 OS MOTIVOS POR DETRÁS DA EXIGÊNCIA LEGAL DO PROTESTO ESPECIAL PARA FINS FALIMENTARES E O DESCABIMENTO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ SOBRE A MATÉRIA

Não é preciso grande esforço para vislumbrar as razões que levaram o legislador da nova Lei de Falências a prescrever a imprescindibilidade do protesto especial do(s) título(s) por meio do(s) qual (is) pretenda o credor pleitear a quebra da empresa devedora. Afinal, certamente agirá de modo diferente o empresário que for notificado de protesto com a indicação expressa de que ele fora efetivado para justificar eventual ação falimentar.

Isto é, o simples protesto regular de documento representativo de dívida apenas mostra que o credor almeja constituir uma prova que lhe permitirá a execução forçada da obrigação inadimplida. Situação bem diversa ocorre quando o devedor empresário toma ciência de que, em não honrando determinado débito, poderá ser submetido ao indesejado processo de falência. As consequências decorrentes desta última hipótese logicamente serão maiores e mais gravosas, com a possibilidade de culminar na "sentença de morte" da empresa.

Assim, sabendo quando algum débito tem o potencial de levar ao fechamento de suas portas, o empresário terá a chance de se desdobrar em busca de uma solução!

Com efeito, a exigência do protesto especial quis alertar o empresário, permitindo-o evitar um mal maior não só para ele próprio, como também para toda a cadeia produtiva na qual a atividade desenvolvida pela sua empresa está inserida. Em uma dimensão mais ampla, aspirou-se conservar a geração de empregos e renda, o fornecimento de produtos e serviços, e todos os demais benefícios que o pleno funcionamento de uma empresa podem acarretar para a economia e para a sociedade.

Logo, a referida previsão legal não intencionou favorecer o mal pagador, segundo poderia parecer à primeira vista. Ademais, não se pode olvidar que uma série de fatores, muitas vezes típicos do sistema econômico e tributário do nosso país, costumam impedir que o empresário sempre exerça a sua atividade livre de dívidas.

Nesse passo, é mister atentar: resguardar uma empresa capaz de permanecer funcionando dos percalços inerentes ao processo falimentar, muitas vezes instaurado

sem uma real necessidade, é dar efetividade a dois importantes princípios norteadores do Direito Empresarial no Brasil: o da preservação e o da função social da empresa.

Fábio Ulhoa Coelho traz uma ótima definição para o princípio da preservação da empresa, explicando como o moderno Direito Comercial enfoca a salvaguarda da atividade empresarial, e não da pessoa física do empresário, como uma maneira de proteger os interesses da coletividade, veja:

No princípio da preservação da empresa, construído pelo moderno Direito Comercial, o valor básico prestigiado é o da conservação da atividade (e não do empresário, do estabelecimento ou de uma sociedade), em virtude da imensa gama de interesses que transcendem os dos donos do negócio e gravitam em torno da continuidade deste; assim os interesses de empregados quanto aos seus postos de trabalho, de consumidores em relação aos bens ou serviços de que necessitam, do Fisco voltado à arrecadação e outros.¹¹

Nessa mesma linha caminha a teoria da função social da empresa, segundo a qual “o empresário e a sociedade empresária deverão ter o poder-dever de, no desenvolvimento de sua atividade, agir a serviço da coletividade”.¹² Ou seja, este princípio também orienta a perpetuação da atividade empresarial, sempre que possível, para que toda a sociedade continue usufruindo dos benefícios por ela gerados: mais emprego, mais renda, maior oferta de produtos e serviços, maior arrecadação tributária, etc.

Por conseguinte, ao relativizar o texto expresso da Lei 11.101/05 (sem esquecer da Lei 9.492/97) dispensando o protesto especial para os fins falimentares, o Superior Tribunal de Justiça também acaba ferindo de morte o princípio da preservação e o da função social da empresa tão prestigiados pelo Direito brasileiro. Então, resta indagar: quais seriam os motivos por detrás desse entendimento tão contraditório?

Duas explicações nos parecem plausíveis: ou a c. Corte Superior negligenciou a alteração legislativa implementada com a Lei nº 11.101/05 - que prescreveu no §3º do art. 94 a obrigatoriedade dos “instrumentos de protesto *para fim falimentar*” para

¹¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 13.

¹² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 8: Direito de Empresa**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 23.

instruir o pedido de quebra -, perpetuando a jurisprudência que se firmou à época da vigência do Decreto-Lei 7.661/45; ou se trata de mais um caso de “lobby” influenciando a tomada de decisões no Poder Judiciário.

Independentemente do motivo, é inadmissível que a jurisprudência de uma das mais altas Cortes de Justiça do país tenha se pacificado em sentido oposto ao texto expresso da lei, aos princípios basilares da preservação e da função social da empresa e, como mencionado linhas atrás, ainda contrarie a sua própria Súmula nº 361. Com efeito, é urgente que se suceda uma mudança de entendimento para extirpar essa incoerência injustificável, concedendo uma maior segurança jurídica a todos os jurisdicionados.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique. *Do Protesto*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004

ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de Falência e Recuperação de Empresa*. São Paulo: Saraiva, 2007

AMADEI, Vicente de Abreu. O serviço de protesto de títulos deve ser extinto? In: DIP, Ricardo Henry Marques (Org.) *Registros públicos e segurança jurídica*. Porto Alegre: Safe, 2004

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.052.495-RS*. Recorrente: REDIBRAS - Distribuidora de Alimentos LTDA. Recorrida: Química Amparo LTDA. Voto do Ministro Relator Massami Uyeda. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=5941591&num_registro=200800898128&data=20091118&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 22 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 245.648-SP (2000/0005131-4)*. Recorrente: Chocolates Dizioli S/A. Recorrido: Rápido Transporte Guido LTDA. Voto do Ministro Relator Barros Monteiro. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1230811&num_registro=200000051314&data=20041004&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 22 abr. 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 8: Direito de Empresa*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS, Sheila Luft. Breves Reflexões Sobre o Tabelionato de Protestos. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 15, n. 104, set. 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12237>. Acesso em: 22 abr. 2018.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2005

A POSSIBILIDADE DO FISCO PROMOVER O PEDIDO DE FALÊNCIA DE EMPRESA EM CRISE PATRIMONIAL

THE POSSIBILITY OF THE TREASURY PROMOTING THE APPLICATION FOR BANKRUPTCY OF A COMPANY IN ASSET CRISIS

Gabriel Dos Santos Ribeiro Sant'Ana¹

RESUMO

O presente artigo tem o fito de explicitar, de forma sintética e verdadeira, as razões para entender o porquê da fazenda pública possuir legitimidade para que possa promover o pedido de falência de empresa em crise patrimonial, bem como explicitar que a análise por parte dos tribunais, nos dias que correm, nunca chegou a afirmar, sem sombra de dúvidas, de forma abstrata, se há ou não legitimidade para a fazenda pública promover o aludido pedido. Para que o leitor possa concluir nesse mesmo sentido é necessário expor, na introdução, as concepções históricas em relação a concepção de empresário tida na ambiência mundial e especificamente no Brasil. E um primeiro capítulo será esposado os tratamentos legais da crise patrimonial empresarial que o Brasil teve a oportunidade de dar guarida. Ainda nesse tópico, é importante destacar a forma que a legitimidade para o requerimento da falência foi tratada nos documentos históricos tratantes da falência que o Brasil tivera. Em um segundo tópico é necessário que seja absorvido o estado da arte em relação a essa matéria, isto é, qual fora a história jurisprudencial em relação a essa matéria, bem como os levantamentos doutrinários em relação a mesma. Por fim, em um terceiro tópico, é necessário resolver a problemática de acordo com as pontuações mais lucidas relacionadas ao tema, apontando, em suma, que é possível a fazenda pública promover o pedido de falência de empresas em crise patrimonial, porém, somente é possível no que atine aos incisos II e III do art. 94. Da lei 11.101/05.

Palavras-chave: Fisco; Pedido de falência; Interesse de agir

ABSTRACT

The purpose of this article is to explain, in a synthetic way, the reasons for understanding why the public finances have legitimacy in order to promote the

¹ Bacharel em direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCeub. Aluno do curso de pós graduação *latu sensu* UniCeub/ ICPD. Email: gabrieldsrs@hotmail.com.

bankruptcy petition in asset crisis, and to explain that the analysis by the courts, in these days, has never been able to state without a doubt, in an abstract way, whether or not there is legitimacy for the public farm to promote the aforementioned request. In order for the reader to conclude in this sense, it is necessary to present, in the introduction, the historical conceptions in relation to the conception of entrepreneur held in the world ambience and specifically in Brazil. And a first chapter will be handcuffed the legal treatments of the corporate patrimonial crisis that Brazil had the opportunity to give shelter. Still on this topic, it is important to highlight the way that the legitimacy for filing for bankruptcy was addressed in the historical documents dealing with bankruptcy that Brazil had. In a second topic, it is necessary to absorb the state of the art in relation to this matter, that is, what was the jurisprudential history in relation to that matter, as well as the doctrinal surveys in relation to it. Finally, in a third topic, it is necessary to solve the problem according to the most lucid scores related to the topic, pointing out, in short, that it is possible for the public farm to promote the bankruptcy petition of companies in asset crisis, however, it is only possible in relation to items II and III of art. 94. Law 11.101 / 05.

Keywords: Treasury; Application for bankruptcy; Interest in acting

1 INTRODUÇÃO

O Brasil fora um país, no que atine a sua formação do direito nomeado privado, que tivera a origem estrangeira, isto é, os diplomas, bem como as ideias fundamentais, foram trazidos extra mar para o Brasil. Isso acarretou em alguns tratamentos de caráter problemático em relação a praticidade do sistema.

Desse modo, inicialmente, o Brasil tivera a sua regulação civil pautada na aplicação das ordenações manuelinas, passadas, após isso, para as ordenações Filipinas. Nessas ambiências, não havia a regulação do direito empresarial de modo completo, isso em vista de que a forma de desenvolvimento do mesmo estava atrelada ao desenvolvimento da moeda, o que estava, naquela época, inquinada pela formação do escambo e moeda mercadoria.

Evidentemente que a atividade de troca (por meio do escambo) era baseada na necessidade, isto é, quando um indivíduo demandava algo iria de encontro com outro para que haja a promoção da troca, isso pautado na sua necessidade. Contudo, com o transcurso da história, houve uma crise em relação a formação dessa sociedade, porquanto as necessidades passaram a não ser mais correspondentes. Isso demandou dos indivíduos a fixação de uma “mercadoria padrão” que pudesse ser trocada de modo unitário.

A partir do momento da criação dessa “mercadoria padrão” – de modo que aqui se está a omitir essa parte da história que englobou várias tipologias de moedas,

seja a mercadoria, a metálica, ou, atualmente, o papel moeda – e de sua consequente importância na ambiência mundial, começaram a surgir, como aponta o professor Tomazette², verdadeiras atividades profissionais relacionadas a troca de mercadorias, promovendo, tais indivíduos, a intermediação da troca com o fito eminentemente de lucro.

Tal sistema de comércio começara a se desenvolver no mundo a partir do sistema feudal, porém em determinado momento o sistema feudal entra, de uma certa forma, em uma crise, fazendo com que os mercadores e comerciantes migrassem para outros locais. Tal migração fez com que os comerciantes se deparassem com grandes cidades, de modo que nessas grandes cidades não havia, de certo modo, o desenvolvimento de um direito consolidado nem de práticas comerciais fluidas para que haja o comércio de forma simples. Com isso, os comerciantes formaram movimentos para que haja a sua unificação, sustentando, por uma infinidade de meios, que o direito civil vigente naquele tempo era insuficiente para a regulação e trânsito rápido do mercado comercial, porquanto paralisado e inquinado pela propriedade imobiliária³.

O movimento de união por parte dos comerciantes dantes citados fez surgir duas questões bastante importantes: (i) primeira delas fora, por práticas costumeiras, o nascimento do “direito comercial”; (ii) a segunda era que a fonte de tal direito era inteiramente costumeira, isto é, o Estado medieval não possuía absolutamente nenhuma intervenção na criação de tais disposições⁴.

A criação de um direito inteiramente costumeiro, bem como a junção dos comerciantes para a formação desses costumes, fizera nascer, de modo embrionário, as corporações de ofício, sendo essas corporações responsáveis pela solução de conflitos entre os delimitados como sendo comerciantes à época. Atrelado a isso estava a qualificação desses indivíduos como comerciantes, isto é, para fazer parte de tais corporações era necessário que tais indivíduos fossem, por evidente, comerciantes. Desse modo, a delimitação desses era subsumida tão só a sua

² TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário*, v. 1. Marlon Tomazette. 8. ed. rev. e atual. São Paulo. Atlas, 2017. P. 3 e 4.

³ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário*, v. 1. Marlon Tomazette. 8. ed. rev. e atual. São Paulo. Atlas, 2017. P. 5 e seguintes.

⁴ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário*, v. 1. Marlon Tomazette. 8. ed. rev. e atual. São Paulo. Atlas, 2017. P. 5 e 6.

inscrição, a sua matrícula na corporação, caracterizando, no Brasil e no mundo, a primeira fase do direito empresarial: a subjetiva. Contudo, tempos depois, com o transcurso da história, passou-se, de direito praticado de modo costumeiro e com fonte inteiramente nas corporações de ofício, para direito do Estado, aplicado por um juiz comum, porquanto as controvérsias começaram a surgir entre comerciantes e não comerciantes⁵.

A partir do momento da abrangência de outros indivíduos, que não aqueles matriculados nas corporações de ofício do direito denominado comercial, bem como da passagem da competência em relação a elaboração do direito denominado comercial para a fonte estatal⁶, é que o direito comercial inaugura a sua segunda fase: a fase objetiva⁷. Tal fase, de forma sucinta, possuía as características, com a era da técnica inaugurada pela França⁸, de desvincular o direito comercial do indivíduo que o pratica, passando, com a positivação, a prever os atos que delimitam quem seria o comerciante, daí o surgimento do que se denominou de teoria dos atos de comércio⁹. No Brasil agasalhamos a teoria por meio da edição da lei nº 556 de 1850. Tal lei elencava, de modo prático, quem era o comerciante. Contudo, de certa forma, a lei não elencava, como era tendência no cenário mundial, os atos que delimitavam o comerciante (atos de comércio), capazes de promover a aplicação uniforme. A ausência da previsão de quais seriam os atos delimitados como de comércio, que faria com que os regimes se radicassem, fizera com que a confusão se mantivesse, demandando dos estadistas brasileiros um acréscimo a referida legislação¹⁰.

Além disso, no âmbito do sistema subjetivo, as corporações de ofício possuíam um tribunal em sua estrutura administrativa, de modo que esse tribunal promovia o julgamento dos casos de conflitos entre comerciantes que eram a eles levados, sendo composto por metade de comerciantes e metade de bacharéis em

⁵ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário*, v. 1. Marlon Tomazette. 8. ed. rev. e atual. São Paulo. Atlas, 2017. P. 8.

⁶ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de direito comercial*. Coimbra: Almedina, 1999, v. 1, p. 8

⁷ A fase objetiva se caracteriza pela previsão de quem seria comerciante pela prática da atividade, isto é, abandona-se o critério subjetivo da previsão do indivíduo em matrícula nas corporações para que haja uma objetivação do mesmo em dispositivos legais.

⁸ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de direito comercial*. Coimbra: Almedina, 1999, v. 1, p. 9.

⁹ MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial*, volume 1. Gladston Mamede. 9. ed. revista e atualizada. São Paulo. Atlas, 2016. P. 18.

¹⁰ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário*, v. 1. Marlon Tomazette. 8. ed. rev. e atual. São Paulo. Atlas, 2017. P. 9 e seguintes.

direito. Doutrina da época¹¹ aponta que um dos fundamentos que terminou com o caráter costumeiro do direito comercial fora a vitória dos bacharéis em face dos comerciantes que compunham o tribunal, tendo em vista que ambos se mantinham em interminável conflito, em vista da dualidade apartada que se podia enxergar em jogo¹².

No mesmo ano da promulgação da lei 556, houve a edição do regulamento 737 que, agasalhando as tendências mundiais, projetou os famigerados atos de comércio na legislação brasileira, passando os comerciantes a serem delimitados de acordo com a prática de algum ato que esteja contido na ambiência do referido regulamento¹³. No entanto, a delimitação do comerciante, de acordo com o regulamento, era feita somente em seu caractere processual, levando a conclusão que esse diploma fora verdadeiro arremedo de solução¹⁴. Mesmo com o referido regulamento, a definição do comerciante, e conseqüentemente a radicação entre os mundos do comércio e civil, perduraram, demandando da doutrina a formulação de classificações pautadas no apego propriamente a atividade de comerciante e os seus atos¹⁵.

As dissonâncias de debates na ambiência doutrinária e prática seguiram em relação ao sistema objetivo, pautando, sob o ponto de vista metodológico, duas correntes¹⁶, radicando posicionamentos que se relacionavam com a subjetividade dos atos (colocação da atividade ao invés dos próprios atos de comércio); e aqueles que sustentavam que os atos, delimitados sob o ponto de vista legal, deveriam ser primados.

¹¹ NEVES, Edson Alvisi. Magistrados e negociantes na corte do Império do Brasil: o Tribunal do Comércio. Rio de Janeiro: Jurídica do Rio de Janeiro: Faperj, 2008. p. 14, 17-19, 27, 31-35. *Apud*. MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial*, volume 1. Gladston Mamede. 9. ed. revista e atualizada. São Paulo. Atlas, 2016. P. 19.

¹² MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial*, volume 1. Gladston Mamede. 9. ed. revista e atualizada. São Paulo. Atlas, 2016. P. 18 e 19.

¹³ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário*, v. 1. Marlon Tomazette. 8. ed. rev. e atual. São Paulo. Atlas, 2017. P. 9 e 10.

¹⁴ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário*, v. 1. Marlon Tomazette. 8. ed. rev. e atual. São Paulo. Atlas, 2017. P. 9 e seguintes.

¹⁵ CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Atualizado por Ricardo Negrão. Campinas: Bookseller, 2000, v. 1, p. 526. V. tb. MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 80.

¹⁶ CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Atualizado por Ricardo Negrão. Campinas: Bookseller, 2000, v. 1, p. 526. V. tb. MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 80. V. tb. REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1, p. 45.

Nesse sentido, um critério epistemológico capaz de distinguir, dentro de um ramo jurídico, uma seara comercial e civil¹⁷ perde o seu fundamento antes construído, isso por duas críticas exercidas pela doutrina: (i) a colocação apartadora de mundos em um critério que consiga colocar atos delimitados como de comércio e comuns é basicamente impossível; (ii) a segunda crítica pontuada fora que os termos direito comercial e atos de comércio passam a não corresponder mais com a verdade¹⁸.

Nos dias que correm, no Brasil, seguindo a tendência mundial no que atine ao direito comercial, como foi o caso italiano, houvera, de acordo com os ditames dantes citados, a conjunção das matérias de direito comercial e civil, passando a serem tratados de modo conjunto mas guardando cada um as suas devidas peculiaridades. A partir da inovação dessa nova fase do direito comercial não se volta mais atenção ao comerciante, mas a atividade por ele exercida, bem como ao crédito formulado pelo mesmo. Com a nova concepção, passou a ser nomeado o direito comercial de direito da empresa, porquanto a empresa, qualificada como atividade, exercida pelo empresário, exerce, regional e mundialmente, um papel bastante importante, demandando a sua regulação legal mais atenção não ao indivíduo que a promove, mas a sua atividade¹⁹.

2 CONTEXTO HISTÓRICO-TEÓRICO DO TRATAMENTO DA FALÊNCIA EM AMBIÊNCIAS BRASILEIRAS

Antes de adentrar aos meandros da falência no Brasil é importante tecer breves considerações sobre a crise patrimonial.

Todas as sociedades mundiais se preocupavam e se preocupam com o adimplemento de obrigações, particularmente àquelas de caráter pecuniário. As obrigações de caráter pecuniário são importantes para a sociedade porquanto, a partir do momento em que houvera o nascimento da moeda, seja ela mercadoria ou papel,

¹⁷ MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial*, volume 1. Gladston Mamede. 9. ed. revista e atualizada. São Paulo. Atlas, 2016. P.

¹⁸ GARRIGUES, Joaquín. *Curso de derecho mercantil*. 7. ed. Bogotá: Temis, 1987, v. 1, p. 12. *Apud*. TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário*, v. 1. Marlon Tomazette. 8. ed. rev. e atual. São Paulo. Atlas, 2017. P. 11 e 12.

¹⁹ NEGRÃO, Ricardo. *Curso de direito comercial e de empresa*, v. 1: teoria geral da empresa e direito societário. Ricardo Negrão. 13. ed. São Paulo. Saraiva, 2017. P. 36 e seguintes. V tb. MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial*, volume 1. Gladston Mamede. 9. ed. revista e atualizada. São Paulo. Atlas, 2016. P. 20 e seguintes.

os cidadãos em conjunto passaram a mobilizar a sua vida em função desse pequeno fundamento, de modo que o inadimplemento seria considerado, nessas sociedades, como uma anomalia que deve ser combatida. Desse modo, o Estado, ainda em sua forma embrionária, deve aos seus concidadãos, meios para que aquela obrigação seja de pronto cumprida. Em alguns casos a demanda é prontamente resolvida, mas em outros há a necessidade de constrangimento do devedor a ponto de adentrar a seu patrimônio de forma coativa para que haja a solvência da obrigação, como é o caso da penhora.

Ocorre que em alguns casos o inadimplemento se torna mais agudo, em outros termos, o inadimplemento se torna tão insuportável que há não só uma mas uma série deles relacionado a uma só pessoa. Quando tal fenômeno ocorre diz-se que estamos em frente à crise patrimonial²⁰, situação em que o indivíduo não consegue promover a solvência de suas obrigações, decorrendo de alguma mácula de vida, seja ela proveniente de má administração de sua vida e de seus negócios, seja ela decorrente de fortuito relacionado a sua vida.

A crise patrimonial, expressada pelo passivo em maior volume que o ativo do indivíduo, foi tratada de diferentes modos na história brasileira, bem como hoje é tratada de forma distinta e com fundamentos distintos a depender do caractere subjetivo que se encontra na relação subjacente.

Importa salientar que o indivíduo que se encontra em crise patrimonial e possui a característica subjetiva de ser empresário – lembrando, de acordo com a introdução feita nesse estudo, de quem pode ser, hoje, qualificado como empresário – irá se submeter ao regime legal de tratamento de empresas, que possui algumas distinções, tendo em vista que, com a nova fase do direito empresarial, voltou-se o ordenamento para a atividade exercida pelo empresário, de modo que a sua crise deve ser tratada de modo distinto, tentando preservar a empresa no mercado²¹.

Contudo, no transcurso histórico brasileiro, a prevalência de tratamento, bem como o fundamento da falência, não fora sempre o de preservação da empresa, nem de qualificação da atividade como matéria intrínseca ao direito empresarial,

²⁰ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas*, v. 3. Marlon Tomazette. 5. ed. rev. e atual. – São Paulo. Atlas, 2017. P. 3.

²¹ OLIVEIRA, Meira Gleick. *Falência: conhecendo a história para se construir o futuro pautado na certeza*. Revista Dat@venia. V.2, N°2(jul./dez.)2010. P. 54.

demandando de nós, de forma breve é claro, o conhecimento dessas formas de tratamento.

Primeiramente, não só no Brasil mas no mundo, a falência era tratada como uma vergonha para qualquer indivíduo, algo considerado doloso, fraudulento, de modo que o tratamento daquele que entrava em crise patrimonial era de punição, punição essa que lhe restringia a liberdade. No Brasil houvera aplicação, na época, das Ordenações Manuêlinas, que previam a prisão do indivíduo como pena, ou então a entrega de seus bens para que não seja submetido as penas impostas a indivíduos que assim procedessem. Importa salientar que no Brasil, ainda quando colônia de Portugal, embora a primeira quadra da falência seja a preocupação com o *ius puniendi* do falido, não se chegou, como em Roma, a punir os indivíduos com o banimento ou com a morte²². Assim, a primeira forma de tratamento da falência no Brasil como já se disse, foi se preocupando com a punição do falido. Contudo, é importante destacar que na época de aplicação das ordenações manuêlinas e afonsinas o tratamento de caráter penal poderia ser reconhecido como um pouco mais brando e voltado para a satisfação do crédito, com o reconhecimento inclusive da figura da moratória²³. No entanto, no trato das ordenações Filipinas, em 1603, a falência começa a ser tratada efetivamente com o caráter penal, alçando o indivíduo falido a público ladrão²⁴.

Em 1756, com Alvará promulgado por Marquês de Pombal, que foi aplicado até a edição, no Brasil, do código comercial de 1850²⁵, o direito falimentar toma feição totalmente distinta do que vinha sendo feito, de modo que grande parte da doutrina assenta que aqui surgiu uma segunda fase do tratamento do direito falimentar: a primazia da busca pelo crédito por parte dos credores do falido. Com a edição de tal Alvará criou-se uma estrutura jurídica para regular a crise patrimonial empresarial. Trata-se de uma junta para o Bem-comum do comércio, um juiz conservador do comércio e um fiscal do comércio, atuando fundamentalmente na

²² MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*, volume 4. Gladston Mamede. 8. ed. rev. e atual. São Paulo. Atlas, 2016. P. 10 e seguintes.

²³ MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*, volume 4. Gladston Mamede. 8. ed. rev. e atual. São Paulo. Atlas, 2016. P. 9 e 10.

²⁴ MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*, volume 4. Gladston Mamede. 8. ed. rev. e atual. São Paulo. Atlas, 2016. P. 10.

²⁵ ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*. Amador Paes de Almeida. 27. ed. rev. e ampl. São Paulo. Saraiva, 2013. P. 32.

proteção dos interesses dos credores do falido²⁶. Desse modo, ocorrendo a falência, deveria o falido se encaminhar a junta e declarar a verdadeira causa da falência, de modo que deveria, logo após a declaração, entregar as chaves de suas fazendas e armazéns, declarando os seus bens, bem como entregando o seu livro com todos os devidos lançamentos efetuados²⁷. Após isso, terminando inventário realizado em relação aos bens do falido, publicar-se-ia edital com o fito de convocar os credores, sendo ao final 10% do arrecadado destinado ao falido para sustentar a sua família²⁸.

A produção legislativa – ainda com a concepção de proteção dos credores – fora bastante expressiva. Primeiramente haviam os decretos 3.308 e 3.309 de 1864; 3.516 de 1865; 3.065 de 1879. O processo que seguia regulado por esses diplomas era extremamente lento e oneroso²⁹. Em sequência, já na república, há a edição do decreto 917 de 1890, que modifica a sistemática da falência de modo bastante substancial, como o caso da instituição da moratória como modo preventivo à falência. No entanto, recebeu críticas fortes pela sua não aplicação prática, dando também uma autonomia excessiva aos credores³⁰, de modo a fomentar a edição de novo diploma para regular a falência na ambiência brasileira. O próximo diploma editado fora a lei 859 de 1902. Tal diploma reproduzira vários dos fundamentos do decreto 917, de modo a tentar corrigir algumas pontuações do referido decreto. No entanto, fracassou em relação a essa tentativa e teve de ser submetido a nova revisão, o que resultou na edição da lei 2.024 de 1908, que basicamente sintetizou o festejado decreto 917 com algumas correções da lei 859³¹. Embora fruto de um estudo bastante substancial e de grande período, o referido diploma acabou se tornando obsoleto, demandando a edição revisional de outra lei, o que resultou no decreto 5.746 de 1929, que somente teve o fito de revisar institutos da antiga lei que não

²⁶ MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*, volume 4. Gladston Mamede. 8. ed. rev. e atual. São Paulo. Atlas, 2016. P. 10.

²⁷ ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*. Amador Paes de Almeida. 27. ed. rev. e ampl. São Paulo. Saraiva, 2013. P. 32.

²⁸ ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*. Amador Paes de Almeida. 27. ed. rev. e ampl. São Paulo. Saraiva, 2013. P. 32.

²⁹ MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*, volume 4. Gladston Mamede. 8. ed. rev. e atual. São Paulo. Atlas, 2016. P. 10.

³⁰ VALVERDE, Trajano de Miranda. A falência no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1931. 1a parte, v. 1, p. 25-28. *Apud*. MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*, volume 4. Gladston Mamede. 8. ed. rev. e atual. São Paulo. Atlas, 2016. P. 11.

³¹ BRASIL. Lei nº. 2.024 de 17 de dezembro de 1908. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1900-1909/lei-2024-17-dezembro-1908-582169-publicacaooriginal-104926-pl.html>. Acesso em: 09/04/2018.

foram tratados de modo fundamental³². Na ditadura de Getúlio Vargas fora montado grupo para a edição de uma nova legislação que regulasse a falência, de modo que o resultado das deliberações desse grupo fora a edição da lei 7.661 de 1945, que, em suma, aumentara os poderes do magistrado e diminuía os dos credores. Essa lei, a título de curiosidade, foi revisada em pontos específicos com a edição da lei 7.274 de 1984³³.

O último degrau desse desenvolvimento fora, em 1993, a apresentação no Congresso Nacional de projeto de lei que regulamenta a falência e recuperação judicial na ambiência brasileira, o que resultou na edição da lei 11.101/05.

2.1 O pedido de falência por parte do fisco na história legislativa brasileira

Em terras brasileiras fora afirmado que a regulação legal da falência, de acordo com diplomas nacionalmente editados, somente começou a ser formado a partir do código comercial de 1850, passando a tratar, de modo conjunto, a ideia de falência pela punição do falido e pela proteção do direito dos credores como dito preambularmente no presente artigo.

Portanto, de acordo com o primeiro diploma comercial nacional, os credores, bem como o próprio devedor, poderiam pedir falência³⁴. De acordo com o que fora anteriormente apontado, quando da regulação falimentar no Brasil, surgiram os tribunais de comércio, isso em razão da formação das corporações de ofício, que delimitavam quem seria o empresário de acordo com a matrícula na instituição como aqui já fora apontado. Nesses tribunais de comércio, quando se tratava da falência, uma estrutura composta pelo tribunal do comércio e pelos curadores fiscais era chamada à baila. A figura dos curadores fiscais pode ser analisada como se

³² BRASIL. Decreto-lei nº. 5.746 de 9 de dezembro de 1929. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-5746-9-dezembro-1929-538569-norma-pl.html>. Acesso em: 09/04/2018.

³³ BRASIL. Lei nº. 7.274 de 10 de dezembro de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7274.htm. Acesso em: 09/04/2018.

³⁴ Assim foi em relação ao pedido de falência do próprio indivíduo, com a declaração das razões da quebra a secretaria do tribunal de comércio de acordo com o art. 805 e seguintes da lei 556 (código comercial). Em relação ao pedido dos credores havia previsão no art. 807 do referido diploma, ressaltando aqui que o tribunal de comércio de ofício, caso sejam aferidos, por notoriedade pública, que o empresário se encontra em estado de falência, poderia promover a decretação da quebra. BRASIL. Lei nº 556 de 25 de junho de 1850. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/leimp/1824-1899/lei-556-25-junho-1850-501245-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 09/04/2018.

Ministério Público hoje fosse, mas pode, também, ser alocado como o indivíduo representante do Estado, então, de acordo com as disposições do código comercial de 1850 havia uma “certa legitimidade” para o fisco, na figura do curador fiscal (art. 807), embora seja complexo fazer tal afirmação.

O próximo diploma brasileiro a cuidar da falência fora o decreto 917 de 1890, que, também somente agasalhando a figura do curador fiscal, não possibilitou a legitimidade da fazenda pública para que haja o requerimento de falência de acordo com o art. 4º do diploma³⁵. A lei subsequente (nº859 de 1902) também não agasalha a fazenda pública como legitimada a pedir a falência do devedor de acordo com o art. 5º do diploma³⁶. A lei 2.024 de 1908, como sendo a lei subsequente à 859, também não dá legitimidade a fazenda pública para a realização do pedido de falência do devedor de acordo com o seu art. 8º³⁷. O decreto 5.746/1929 também não tratou da legitimidade do indivíduo que aqui se contende³⁸. No decreto-lei nº7.661/45 os legitimados a requerer a falência se mantiveram no art. 9º da lei, contudo, os credores quirografários, de acordo com o III, “a”, da legislação em comento, eram mais privilegiados nesse sentido. Importante salientar que os credores com garantia real também poderiam requerer a falência desde que renunciassem a sua garantia ou demonstrassem que a mesma era insuficiente.

³⁵ BRASIL. Decreto-lei nº. 917 de 24 de outubro de 1890. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-917-24-outubro-1890-518109-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 09/04/2018.

³⁶ BRASIL. Lei nº. 859 de 16 de agosto de 1902. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1900-1909/lei-859-16-agosto-1902-584407-republicacao-108160-pl.html>. Acesso em: 09/04/2018.

³⁷ BRASIL. Lei nº. 2.024 de 17 de dezembro de 1908. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1900-1909/lei-2024-17-dezembro-1908-582169-publicacaooriginal-104926-pl.html>. Acesso em: 09/04/2018.

³⁸ Em verdade o decreto 5.746/1929 fora uma verdadeira modificação promovida na ambiência da lei de falência anterior (lei 2.024 de 1908), de modo que, na parte tratante a quem poderia requerer a falência não houve modificação, ficando do mesmo modo da anterior, isto é: “Art. 8º O comerciante que, sem relevante razão de direito, não pagar no vencimento obrigação mercantil líquida e certa, deve, dentro de 20 dias, contados do vencimento da obrigação, requerer ao Juízo a declaração da fallencia, expondo as causas do fallimento e estado dos seus negocios, juntando ao seu requerimento: [...] Art. 9º A fallencia pôde tambem ser reguerida: 1º, pelo conjuge sobrevivente ou pelos herdeiros do devedor, nos casos do art. 1º e do art. 2º, ns. 1 e 2; 2º, pelo socio, ainda que mandatario ou em conta de participacão, exhibindo o contracto social, e pelo accionista da sociedade anonyma, apresentando as suas accões; 3º, pelo credor, exhibindo titulo de seu credito, ainda que não vencido.” BRASIL. Decreto-lei nº. 5.746 de 9 de dezembro de 1929. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-5746-9-dezembro-1929-538569-publicacaooriginal-84074-pl.html>. Acesso em: 09/04/2018.

Doutrina³⁹ na época apontava que, malgrado a fazenda não estar consagrada na ambiência do art. 9º do referido decreto, não haveria óbice para que houvesse o pedido de falência quando ocorrido os pressupostos legais, isso em vista de que a fazenda não deixava de ser um credor que, embora não se submetesse a concurso para recebimento de seu crédito, não se afastaria da legitimidade de pedir a falência. Na vigência do decreto 7.661/45 houvera decisão do STJ, em voto vencido, no sentido de: “Como salientado, é justamente tendo em vista estes comerciantes que a Fazenda encontra utilidade e necessidade no processo falimentar, que poderá conduzir à retirada de tais comerciantes da órbita mercantil.”⁴⁰

Com a edição da lei 11.101/05, em seu art. 97, IV, houve a aposição do termo “qualquer credor”, de modo que essa colocação agigantou por demais a ideia do pedido de falência no âmbito brasileiro em comparação com os anteriores diplomas, causando na doutrina e na jurisprudência uma quantidade ampla de controvérsias, sobretudo a relacionada a possibilidade do pedido de falência por parte do credor fiscal.

3 OS TRATAMENTOS JURISPRUDENCIAIS E DOUTRINÁRIOS EM RELAÇÃO AO TEMA

Na história jurisprudencial pode-se dizer que o STJ tratou do tema em quatro oportunidades: em 1995, em 1998, em 2003 e em 2011.

Nas três primeiras vezes que o Tribunal da cidadania promoveu a análise do caso, promove-o com supedâneo na legislação de 45, sendo que o ultimo caso estava analisando em corresponsividade com a lei de 2005, embora o recurso tenha sido protocolado em 99.

Em 1995, apreciando aquela corte pela primeira vez tal controvérsia, assentou que há, para a fazenda pública, legitimidade no pedido de falência, isso com fundamento na distinção feita por Konder Comparato entre privilégio e garantia real. Tal distinção fora de suma importância tendo em vista que aqueles que sustentavam

³⁹ JÚNIOR, Waldo Fazzio, Manual de Direito Comercial, 3º ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 638-639. *Apud.* MENDES, Thayana Felix; BRIGIDO, Thiago Cioccarì. *Legitimidade da fazenda pública para postular a falência do devedor tributário: a função social da empresa e o interesse jurídico no par conditio creditorium.* Ano II Número 3 – 2012. Revista da PGFN. P. 241.

⁴⁰ BRASIL. STJ - REsp: 164389 MG 1998/0010726-6. Rel. Min. Castro Filho. 13/08/2003. Segunda Seção.

na falência a ilegitimidade a fazenda pública para o respectivo pedido, utilizavam a argumentação de que, de acordo com a previsão constante no art. 9º, III, “b”, do decreto lei 7.661/45, o credor com garantia real, se quisesse promover o pedido de falência, deveria renunciar ao seu crédito ou demonstrar que o mesmo não é suficiente. Com tal previsão e a sustentação de que o credor fiscal se submetia a tal diretiva, a conclusão daqueles que inquinavam a legitimidade da fazenda era de que não havia legitimidade para o pedido, porquanto a fazenda não pode renunciar ou transigir em relação ao crédito tributário sem lei que promova nesse sentido. No entanto, como já afirmado, mediante as lições do professor Konder Comparado, distinguindo a noção de garantia real e privilégio, trazendo a disposição constante no art. 187 do CTN, a conclusão dos julgadores – não unânime tendo em vista a divergência do ministro Claudio Santos – fora de que há a legitimidade a fazenda pública no pedido de falência de devedor em crise patrimonial,⁴¹ porquanto possui privilégio e não garantia real.

Em 1998, ainda sob o manto do decreto-lei 7.661/45, o STJ voltou a analisar a matéria. Naquela oportunidade a quarta turma daquele superior tribunal assetara e concluíra, unanimemente, pela impossibilidade da fazenda da pública figurar como legitimada a pedir falência de devedor em crise patrimonial. De acordo com os ministros, conduzidos pelo voto do relator Ruy Rosado de Aguiar, a fazenda pública carece de legitimidade ativa para tal pedido tendo em vista que os créditos de natureza fiscal, de acordo com o art. 38 da lei 6. 830/80, devem ser cobrados e discutidos na ambiência de juízo dessa natureza e por meio da ação principal prevista naquela lei, excetuados os casos previstos estritamente naquele artigo. Ainda assentaram os ministros que a fazenda pública não se encontra como legitimada na ambiência do decreto lei que regula as quebras, sendo ainda que a fazenda pública já possui amplas possibilidades de busca de seu crédito, sendo agasalhada por variadas prerrogativas que se mostram fundamentalmente eficazes. Por fim, aponta o julgado que o crédito de natureza fiscal não se submete ao concurso de credores, sendo que o título que o representa é formado pelo próprio

⁴¹ BRASIL. STJ - REsp: 10660 MG 1991/0008532-4, Relator: MIN. COSTA LEITE, Data de Julgamento: 12/12/1995, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 10/06/1996 p. 20319. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19974091/recurso-especial-resp-10660-mg-1991-0008532-4/inteiro-teor-104725912?ref=juris-tabs#>.

credor (tendo em vista o lançamento), de modo que, ao fim e ao cabo, o pedido de falência promovido pela fazenda ficaria ao seu mero dissabor, promovendo-o, seletivamente, quando melhor juízo lhe vier⁴².

Em 2003, a matéria volta ser apreciada por aquele tribunal. No caso a segunda seção do STJ assentou, por maioria, vencidos o relator e o ministro Carlos Alberto Menezes Direito, que à fazenda pública falece o direito de pedir falência de devedor em crise patrimonial, tendo em vista a ausência de legitimidade ativa, bem como a ausência de interesse de agir. Ainda fora levantado pelo ministro Antônio de Pádua Ribeiro que a certidão da dívida ativa, documento que lastreia a crédito tributário, não é protestável, de modo que para a configuração da impontualidade injustificada, pressuposto do pedido de falência, há a necessidade de protesto do título que representa tal impontualidade, carecendo assim, no que atine a relação subjacente, da aludida ilegitimidade da fazenda no referido pedido⁴³.

No ano de 2010, já sob a égide da lei 11.101/05, o STJ, em sua segunda turma, voltou a analisar a possibilidade da fazenda pública do requerimento da falência de devedor. A conclusão do julgamento se deu pela não possibilidade da fazenda pública promover o referido pedido. Apontaram os ministros que o crédito fiscal possui as devidas formas de cobrança de acordo com a lei de execução fiscal, de modo a inquirar a fazenda a adentrar a via da falência pelo privilégio a ela conferido. Argumentaram ainda os ministros que possibilitar a fazenda tal legitimidade seria ir de contra a ideia fundamental da lei de quebras, porquanto a preservação da empresa não é, em nenhum fundamento, coacta com a possibilidade do pedido de falência por parte do próprio Estado. Por fim, assentou o relator Humberto Martins, que o interesse público, sustentado pela fazenda pública de MG, se difere fundamentalmente do interesse da fazenda, a partir do entendimento de que a fazenda, promovendo o pedido de falência de empresa, estaria, de acordo com o entendimento da egrégia corte, somente satisfazendo interesse de cunho monetário

⁴² BRASIL. STJ. REsp 138868/MG. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. 4ª turma. Julgado em 17/02/1998. Publicado no D.J em 30/03/1998. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199700462056&dt_publicacao=30/03/1998.

⁴³ BRASIL. STJ - REsp: 164389 MG 1998/0010726-6. Rel. Min. Castro Filho. 13/08/2003. Segunda Seção. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199800107266&dt_publicacao=16/08/2004.

da fazenda estadual e não a promoção do interesse público que, nesse caso, seria formado pela manutenção da empresa como fonte de emprego e pagadora de tributos⁴⁴.

4 DA RESOLUÇÃO DO PROBLEMA: OS FUNDAMENTOS SENSATOS PARA RESOLUÇÃO DE TAL PROBLEMÁTICA

Nesse momento, trazendo toda a exposição que fora neste artigo formulada, será exposto que até o presente momento, na experiência jurisprudencial brasileira, não houve, em verdade, uma análise da possibilidade ou não, propriamente, da fazenda pública de pedir a falência, de modo que essa ausência de análise acarreta na inconsistência de algumas das posições doutrinárias atuais, bem como as conclusões jurisprudenciais, acarretando, de acordo com a argumentação que irá se expender, na possibilidade da fazenda pública de pedir a falência de devedor em crise patrimonial em alguns casos.

Ainda nessa perspectiva, se fará uma impugnação às razões jurisprudenciais que fundaram os principais parâmetros para negar a possibilidade da fazenda pública de pedir a falência de devedor.

Primeiramente, tendo em vista a ausência de análise real do problema, é necessário que o problema seja exposto.

Para assentar se a fazenda pública tem ou não legitimidade para pedir falência de devedor cabe dividir as hipóteses, isto é, as causas de pedir que fundam o pedido. Todas as referidas causas estão dispostas no art. 94, da lei 11.101/05.

A primeira das causas que possibilitam o pedido de falência é a impontualidade injustificada. De acordo com a doutrina⁴⁵ a impontualidade injustificada é a não realização de obrigação de cunho pecuniário no período apazado constante do documento que comprova a referida relação jurídica.

A primeira hipótese constante do art. 94 fora a única que chegara a ser analisada, em toda a controvérsia, pelo STJ, de modo que a conclusão fora, em três

⁴⁴ BRASIL. STJ - REsp: 363206 MG 2001/0148271-0, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 04/05/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/05/2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14354677/recurso-especial-resp-363206-mg-2001-0148271-0-stj/relatorio-e-voto-14354679?ref=juris-tabs>.

⁴⁵ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Lei de falência e recuperação de empresas*. Waldo Fazzio Júnior. 7. ed. São Paulo. Atlas, 2015. P. 210 e seguintes

vezes, pela ausência de legitimidade da fazenda pública para o pedido. De fato, se se for levar em conta que o crédito da administração pública – de cunho tributário evidentemente – é de caráter vinculado, e demanda a busca por meio de um processo específico contido na lei de execução fiscal, há, pelo menos, uma razão de caráter processual que inquina a possibilidade da fazenda pública da promoção de tal pedido, qual seja, a ausência de interesse de agir e portanto a ausência de uma das condições para o exercício da ação.

Este óbice demanda a exposição breve de algumas pontuações de ordem histórica em relação ao processo civil.

De acordo com grande parte da doutrina⁴⁶ o processo civil tivera pelo menos três fases: (i) a imanentista; (ii) a autonomista; (iii) e a instrumentalista.

A primeira delas é expressada na confusão entre o direito processual e o direito material, de modo que o indivíduo que busca o poder judiciário para que possa ter a sua demanda atendida, com uma manifestação do magistrado, somente terá o aludido direito de ação caso tenha razão no que atine ao direito material, isto é, somente há direito de ação se há razão do indivíduo no direito material. A segunda fase se caracteriza pelo reconhecimento da autonomia do direito processual em face do direito material, de modo que, em Bülow, a partir do século XIX, em seu livro *Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias*, alçou o direito processual a autonomia, porquanto consagrou distinções fundamentais em relação ao direito material, como fora o caso dos sujeitos, objeto e os pressupostos, que se distinguiam sobremaneira do direito material e suas balizas. Na terceira fase, e vivida até o presente momento, o direito processual, em sua autonomia superlativa, começa a se distanciar de forma expressiva do direito material, de modo a consagrar o próprio direito processual como uma forma de acesso à justiça. Nesse período, Garth e Capelletti, formularam as três ondas de renovação do acesso à justiça, que agora fundamentava o direito processual⁴⁷.

⁴⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil : volume 1*. Alexandre Freitas Câmara. 25. Ed. São Paulo. Atlas, 2014. P. 10 e seguintes.

⁴⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988. V tb. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo : teoria geral do processo*. Humberto Dalla Bernardina de Pinho. 7. ed. São Paulo. Saraiva, 2017. P. 58 e seguintes.

Juntamente com essas fases surgem as teorias sobre a ação e as suas respectivas racionalidades. A primeira, denominada teoria imanentista da ação, corria junto com a noção da fase imanentista do direito processual que aqui se noticiou, em que o processo efetivamente agia como sendo um braço do direito material. Nessa teoria há que se citar que a ação se confundia fundamentalmente com o direito material, como se fosse um elemento constitutivo do direito subjetivo surgido na ambiência do direito material⁴⁸. No entanto, fora a partir de discussões doutrinárias⁴⁹ que um professor alemão publicara estudo apontando que o conceito de ação na ambiência romana não correspondia ao conceito de ação sustentado na época, mas sim o de pretensão⁵⁰. Daí nascera a teoria concreta da ação, que distinguia essa duas noções e portanto, o direito material na espécie. No entanto, tal teoria ainda afirmava que o direito de ação somente existiria se o direito material debatido também existisse, sendo, futuramente, abandonada. Chiovenda, no século XX, criara a teoria do direito protestativo de agir, para quem a ação seria o poder jurídico de dar vida a condição de atuação da vontade da lei⁵¹. Tal teoria fora futuramente abandonada pois ainda sustentara, embora de forma distinta, a demanda pelo resultado positivo ao autor para a existência do direito de ação. A próxima teoria fora a abstrata da ação, que criticou bastante as duas teorias anteriores, de modo que as críticas efetivamente não foram muito bem respondidas, pautadas, sobretudo, no caso do resultado negativo em relação ao autor, e ao caso em que a pretensão do autor seja exatamente a negativa da relação jurídica material⁵². Em suma, a teoria abstrata da ação se resumia a apontar o direito de ação como o direito do cidadão a tutela do Estado por meio de uma prestação jurisdicional, isto é, o direito a um pronunciamento jurisdicional seja ele positivo ou não⁵³. No Brasil tal teoria fora peculiarizada por Liebman, para quem, além da concepção da teoria

⁴⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil : volume 1*. Alexandre Freitas Câmara. 25. ed. São Paulo. Atlas, 2014. P. 139 e seguintes.

⁴⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil : volume 1*. Alexandre Freitas Câmara. 25. Ed. São Paulo. Atlas, 2014. P. 140.

⁵⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil : volume 1*. Alexandre Freitas Câmara. 25. ed. São Paulo. Atlas, 2014. P. 140.

⁵¹ CHIOVENDA, Giuseppe. “L’azione nel sistema dei diritti”, ensaio publicado na obra *Saggi di diritto processuale civile*, p. 1 e seguintes. Apud. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil : volume 1*. Alexandre Freitas Câmara. 25. ed. São Paulo. Atlas, 2014. P. 141

⁵² CÂMARA, Alexandre Freitas *Lições de direito processual civil : volume 1*. Alexandre Freitas Câmara. 25. ed. São Paulo. Atlas, 2014. P. 142 e seguintes

⁵³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil : volume 1*. Alexandre Freitas Câmara. 25. ed. São Paulo. Atlas, 2014. P. 143.

abstrata no direito de ação, o cidadão deverá preencher uma categoria distinta de condições que não se confundem com o mérito para que possa adentrar ao judiciário: as condições da ação⁵⁴. De modo inaugural as condições da ação possuem a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade de agir, e o interesse de agir, de modo que nesse trabalho não irá se controverter sobre a possibilidade do primeiro ser mérito ou não, limitando-me a dizer que o novo CPC deixou somente as duas últimas.

Bom, de acordo com o esboço histórico traçado até o presente momento importa assentar, na ciência processual, que o direito processual possui autonomia em relação ao direito material, e o direito de ação, na sua quadra teórica atual, demanda o preenchimento das condições da ação.

No caso do interesse de agir, como condição para o exercício da ação em juízo, cabe assentar que o mesmo se divide em dois: o interesse-necessidade e o interesse-adequação⁵⁵. O primeiro deles diz respeito a necessidade da tutela jurisdicional para a busca daquele direito, isto é, se de fato o cidadão precisará do poder judiciário para resolução daquela lide, que é um abaloamento de índole social. Ao passo que o segundo possui um caráter mais técnico, pautado na diretiva ao advogado para a busca, na tutela jurisdicional, pelo meio instrumental-processual correto, isto é, de acordo com a legislação, da busca do instrumento jurídico processual adequando para a causa, em termos simples, a forma técnica processual certa para a tutela daquele determinado direito material em juízo.

Colocando essa concepção em face do pedido de falência por parte da fazenda pública no caso do inciso I, do art. 94 fica evidente que a fazenda pública, por um impeditivo de índole estritamente processual, não possui interesse no pedido de falência de devedor em crise patrimonial, porquanto, de acordo com o que se argumentou até o presente momento, o interesse de agir, como condição de provocar o Estado à prestação jurisdicional, tem partição definida como sendo o interesse-adequação, de modo que esse, dirigido ao procurador da causa, demandará o preenchimento da tutela do direito material debatido pelo instrumento processual

⁵⁴ LIEBMAN, *Manual de direito processual civil*, vol. I, p. 151. *Apud*. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil* : volume 1. Alexandre Freitas Câmara. 25. ed. São Paulo. Atlas, 2014. P. 143.

⁵⁵ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro, volume 1*. (teoria geral do processo a auxiliares da justiça). Vicente Greco Filho. 23. ed. São Paulo. Saraiva, 2013. P. 105 e seguintes.

adequando, sendo, no caso de tributos não pagos pelos contribuintes, a execução fiscal, nos termos do art. 29 da LEF. Portanto, nesse inciso do art. 94, carece a fazenda a adequação.

Contudo, tal não é o caso dos demais incisos do art. 94 da lei 11.101/05 como se expressará na argumentação a seguir.

Como se apontou, não há opiniões de cunho jurisprudencial a respeito dos demais incisos do art. 94, porquanto, como esposado, o STJ analisara, na história desse questionamento, somente a questão relativa a inciso I do referido preceptivo legal, porém, há opiniões e sustentações de caráter doutrinário a respeito.

De acordo com a doutrina, alinhada as argumentações consequencialistas e generalistas provenientes do STJ na negativa da legitimidade da fazenda no pedido de falência, a lei 7.661/45, assim como a lei 11.101/05, vieram no sentido de proteger a empresa, isto é, de acordo com a fase esposada nesse trabalho de manutenção da atividade, esses teóricos apontam que a finalidade da lei de 11.101/05, proveniente do Estado, é a preservação da atividade, de modo que se o próprio Estado pedir a falência e acabar com a atividade estaria agindo de forma contraditória.

Outra argumentação, também contida na ambiência jurisprudencial do STJ, vinha no sentido de que a administração pública, promovendo o pedido de falência de devedor de tributos em crise, não teria critério para o pedido de falência, porquanto não há regra para a possibilidade de pedido. Portanto, assim ocorrendo, estaria a administração pública, por meio do indivíduo que promove o pedido de falência, maculando o princípio da impessoalidade. A argumentação anteriormente expendida está de fato alinhada ao que aponta o preceito da impessoalidade, pois, tal preceito diretiva no sentido de que o administrador público, bem como os indivíduos ali investidos, não podem se valer de critérios particulares, ou não ter critério algum no momento de lidar com a coisa pública, demandando a fixação, para tanto, de regras. Mais uma argumentação utilizada repousa na ideia de que o crédito tributário não está submetido ao concurso de credores, tendo a fazenda privilégios capazes de assegurar o crédito fiscal. Outra argumentação, essa já superada de acordo com as pontuações referentes a impontualidade injustificada, seria que a certidão da dívida ativa não é passível de protesto, e demandando o crédito, formalizado em título, o

seu protesto para fins falimentares, não há que se falar em possibilidade ou legitimidade da fazenda promover tal protesto.

É importante salientar que a limitação de sentido em relação ao significado dos institutos é a lei. Desde o advento da filosofia da linguagem, em Heidegger, passamos a entender que o processo de compreensão é demandado anteriormente ao processo de interpretação, de modo que os processos de compreensão formariam o nosso mínimo interpretativo. Desse modo, o limite que se está tendo aqui é a lei que fora elaborada sob o devido processo legislativo e de forma democrática de acordo com os ditames constitucionais.

Assim, de acordo com o art. 97, IV, da lei 11.101/05, é dada a legitimidade a qualquer credor na ambiência brasileira, o que abrange, por evidente, o credor fiscal. O que é alegado por doutrina e jurisprudência contrária a legitimidade do credor fiscal, que aqui não abrangerá a hipótese do inciso I do art. 94 que já se afirmou que há impedido de cunho processual para tanto, são as matérias anteriormente citadas, que serão de pronto impugnadas nesse momento.

Primeiramente, no que atine ao contrassenso alegado entre o objetivo da lei e a atuação do Estado na quebra de uma empresa, é importante salientar que não se reconhece, nas palavras da doutrina, a simbiose entre empresa, regime tributário e desenvolvimento do país⁵⁶. Ora, uma empresa que se mantém no mercado sem a promoção do pagamento de tributos e se imiscuído do pagamento de tributos por meio de ardis processuais, está maculando a parca concorrência que há no mercado brasileiro, porquanto estão em desigualdade com os demais credores no mercado.

Ademais, dentro do âmbito do crédito, se se quiser apontar o maior credor que possui o seu interesse com esteio no interesse público, esse credor é o credor fiscal, pois os demais credores estão contidos na ambiência do concurso de credores unicamente para o recebimento privado de seus crédito, ao passo que a fazenda pública quer promover a busca por um valor que irá realizar o orçamento público e, portanto, prover os direitos fundamentais contidos na carta constitucional.

Outra argumentação que merece ser impugnada é a de que na falência a fazenda pública não se submete ao concurso de credores. Ora, de fato pode a

⁵⁶ MENDES, Thayana Felix; BRIGIDO, Thiago Ciocari. *Legitimidade da fazenda pública para postular a falência do devedor tributário: a função social da empresa e o interesse jurídico no par conditio creditorium*. Ano II - Número 3 - 2012. Revista da PGFN. P. 232.

administração propor execuções fiscais no andamento de processos falimentares, no entanto, quando da liquidação do valor constante da execução fiscal, o valor irá diretamente para o juízo falimentar, sendo repartido entre os demais credores. Portanto, trata-se, como aponta doutrina⁵⁷, de uma submissão material ao concurso de credores.

No que atine ao preceito da impessoalidade há que se tecer algumas argumentações mais específicas. De acordo com tal preceito, princípio fundante do regime jurídico do direito administrativo, não pode o administrador público se valer de critérios privados para que haja a decisão de matérias relacionadas a preceitos públicos, de modo que tais critérios devem estar legados sempre em lei, e deve, efetivamente, o administrador público promover, nos atos administrativos e demais atos por ele elaborados, a sua devida motivação, seja ela a motivação legal ou a motivação do ato. Daí a ligação, no que atine aos critérios legais, do preceito da legalidade direcionado à administração pública, apontando que a mesma somente pode fazer o que está em lei sendo proibido o que dela não consta. Pois bem, de acordo com o preceito do art. 97, IV, está contido que qualquer credor poderá promover o pedido de falência. Desse modo, há a abrangência, como já se disse, do credor fiscal, porquanto este se qualifica como credor.

A problemática se assenta em relação a formulação de critérios, ora, os critérios, a partir do momento em que se entende que o credor fiscal está inserido na cláusula que dantes se noticiou, estão na lei, de modo que, quando configurados os requisitos jurídicos para o pedido de falência – excetuado os casos do inciso I do art. 94 pelas razões aqui já apontadas – irá a fazenda promover o pedido, e se isso acarretar em uma grande quantidade de pedidos isso não pode ser qualificado como uma argumentação jurídica, mas uma consequência, impossível de inquinar a argumentação aqui esposada.

Já se disse nesse trabalho que há óbice de caráter processual no que atine ao primeiro inciso do art. 94, não havendo este no que atine aos demais incisos, muito pelo contrário, há legitimidade fundamental para tanto, isso em vista da tríplice correspectividade entre o regime tributário, o pagamento de tributos e o

⁵⁷ MENDES, Thayana Felix; BRIGIDO, Thiago Cioccarri. *Legitimidade da fazenda pública para postular a falência do devedor tributário: a função social da empresa e o interesse jurídico no par conditio creditorium*. Ano II - Número 3 - 2012. Revista da PGFN. P. 248 e seguintes

desenvolvimento do país, ademais, a manutenção de uma empresa que não paga os seus tributos em dia juntamente com as demais empresas faz com que o preceito da função social da propriedade seja inteiramente quebrado. Aglutinando a isso, apontar que administração utilizará de tal meio como uma forma de coação para pagamento de tributos – nos demais casos do art. 94 – é passível de ocorrer tanto na ambiência dos credores privados como no caso do poder público, de modo que lei 11.101/05 possui meios de coibir tal conduta. Portanto, impedir a fazenda de pedir a falência do devedor nos demais casos com base nessa argumentação não seria lícito, porquanto quando a fazenda pede a falência nesses termos está fazendo cumprir o interesse público primário na sua mais moderna acepção⁵⁸.

Ademais, ainda importa aqui dizer que o alargamento dos credores, como legitimados na ambiência da lei 11.101/05, veio no sentido de poder fazer com que a empresa inviável no mercado não seja mantida. O credor fiscal, nesse ambiente, entra justamente porque o crédito fiscal, como sendo evidentemente irrenunciável, não pode ser controlado pela fazenda, em outros termos, em sendo um credor comum, este, entrando a empresa em estado de crise patrimonial, passa a não negociar com tal empresa, pois a mesma já não possui legitimidade na ambiência mercadológica, maculando a alocação de fatores de produção. Contudo, o credor fiscal assim não pode agir. Por exemplo, se se está em face de empresa cujo débito em ICMS está alto e em execução fiscal que está restando infrutífera, a fazenda não pode fazer nada em relação a impedir essa empresa, porquanto o fato gerador do ICMS ocorre sem absolutamente nenhuma interferência sua, tendo em vista que o fato gerador de imposto é um fato do contribuinte. Dessa forma, há um financiamento social de empresas desse jaez, porquanto haverá a prática do ato que promana o fato gerador do tributo e os consumidores estarão, de algum modo, financiando aquela empresa inviável que está no mercado em concorrência desleal com as demais⁵⁹.

Portanto, por essas razões, impugnando as demais argumentações e trazendo razões para o pedido de falência realizado pela fazenda pública, há a possibilidade

⁵⁸ MENDES, Thayana Felix; BRIGIDO, Thiago Cioccarri. *Legitimidade da fazenda pública para postular a falência do devedor tributário: a função social da empresa e o interesse jurídico no par conditio creditorium*. Ano II - Número 3 - 2012. Revista da PGFN. P. 247.

⁵⁹ MÖLLER, Max. *AINDA SOBRE O REQUERIMENTO DE FALÊNCIA PELA FAZENDA PÚBLICA*. XLI Congresso Nacional de Procuradores de Estado. 12 e seguintes.

da realização do pedido de falência por parte da fazenda pública nos casos dos incisos II e III do art. 94 da lei 11.101/05.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de direito comercial*. Coimbra: Almedina, 1999. v. 1,

ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*. 27. ed. São Paulo. Saraiva, 2013.

ÁLVARES, Walter T. *Direito falimentar*. 2. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1968.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 25. ed. São Paulo. Atlas, 2014. v. 1.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Lei de falência e recuperação de empresas*. 7. ed. São Paulo. Atlas, 2015.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro: teoria geral do processo e auxiliares da justiça*. 23. ed. São Paulo. Saraiva, 2013. v. 1.

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial*. 9. ed. São Paulo. Atlas, 2016. v. 1.

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. 8. ed. São Paulo. Atlas, 2016. v. 4.

MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MENDES, Thayana Felix; BRIGIDO, Thiago Cioccarri. Legitimidade da fazenda pública para postular a falência do devedor tributário: a função social da empresa e o interesse jurídico no par conditio creditorium. *Revista da PGFN*, ano 2, n. 3, 2012.

MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Campinas: Bookseller, 2000. v. 1.

MÖLLER, Max. AINDA SOBRE O REQUERIMENTO DE FALÊNCIA PELA FAZENDA PÚBLICA. XLI Congresso Nacional de Procuradores de Estado.

NEGRÃO, Ricardo. *Curso de direito comercial e de empresa: teoria geral da empresa e direito societário*. 13. ed. São Paulo> Saraiva, 2017. v. 1.

OLIVEIRA, Meira Gleick. Falência: conhecendo a história para se construir o futuro pautado na certeza. *Revista Dat@venia*. v. 2, n. 2, jul./dez. 2010.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo, Atlas, 2017. v. 3.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 8. ed. São Paulo. Atlas, 2017. v. 1.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *A falência no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1931. v. 1,

A DIVERGÊNCIA NA PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL NAS LICITAÇÃO PÚBLICAS FACE AS LEIS VIGENTES E O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

THE DIVERGENCE IN THE PARTICIPATION OF COMPANIES IN JUDICIAL RECOVERY IN THE PUBLIC BIDDING FACES THE LAWS IN FORCE AND THE PRINCIPLE OF THE PRESERVATION OF THE COMPANY

Tatiana de Oliveira Navarro Barreto ¹

RESUMO

O presente artigo visa analisar os reflexos das mudanças de paradigma sobre a força normativa dos princípios constitucionais na modernidade face a interpretação das leis que tratam do processo falimentar e das licitações públicas no Brasil. Por ser um tema muito abrangente, delimitamos o estudo na aplicação do Princípio da preservação da empresa no que tange aos atos da Administração pública. Para tanto, foi traçado um breve estudo da evolução do direito constitucional, e a interpretação do princípio da preservação da empresa instituído pela lei falimentar face a lei de licitações, bem como as futuras alterações que deverão ser introduzidas pelo projeto de lei nº 3969/2012 com sua iminência aprovação pelo Congresso Nacional.

Palavras-chave: Recuperação. Licitações. Princípios. Preservação. Empresa.

ABSTRACT

This article aims at analyzing the reflexes of the paradigm changes on the normative force of the constitutional principles in the modernity face to the new neoconstitutional phase of the right after the promulgation of the Federal Constitution of the Republic in 1988. Being a very broad subject, we delimit the study in the application of the Principle of Legality with regard to the acts of the Public Administration. For that, a brief study of the evolution of constitutional law was drawn up in line with the changes that have occurred since its inception, including changes in the interpretation of the ruling Principles. Finally, the main agents of this change and their positive consequences in the application of the law will be presented.

Keywords: Reflection. Constitutionalisation. Principles

¹ Advogada, aluna do curso de Pós-graduação *lato sensu* em Direito Empresarial e Contratos, no Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

1 INTRODUÇÃO

No intuito de analisar os principais reflexos das mudanças de paradigma após o advento da Lei de Falências em 2005, o presente artigo busca apresentar os fatores que alteraram significativamente a interpretação a vedação de participação em licitações de empresas em processo de recuperação judicial na prática com o fenômeno da força normativa dos princípios constitucionais e sua importância na aplicação do direito.

Fato é que a promulgação da nova Constituição alterou profundamente todo sistema jurídico brasileiro. Isto porque antes de 88 o texto constitucional era tratado como mera proclamação retórica de valores e diretrizes políticas, sem obrigatoriedade de observação ou vinculação pelos poderes. Assim, o que temos é que hoje a Carta Magna ocupa posição hierarquicamente superior na pirâmide normativa idealizada por Kelsen e impõe não só fundamentos sobre os quais o Estado deve dirigir, mas também define normas e regras de observância obrigatória por todos cidadãos.

Essa nova ordem do Estado Democrático impôs a reinterpretação dos institutos do direito, à luz dos postulados constitucionais, sejam eles explícitos ou implícitos, agora redefinidos. Não obstante as diversas mudanças pelas quais o direito constitucional sofreu em sua evolução histórica, faz-se necessário uma análise central do momento de sua mudança para o chamado neoconstitucionalismo e as transformações ocorridas da nova configuração do Estado democrático de direito.

Todas as mudanças de paradigma do direito constitucional, alteraram profundamente a forma de como o direito se relacionava com os princípios constitucionais, este foi o principal reflexo da neocostitucionalização da aplicação dos direitos, pois, conforme veremos, os princípios passaram a ter força normativa perante o direito, inclusive sendo de observância obrigatória, algumas vezes em detrimento às normas.

Neste íterim, chegaremos ao objetivo principal deste artigo, onde será analisada a divergência na interpretação da Lei de licitações face a Lei Falimentar e sua reinterpretação face ao Princípio constitucional da preservação da empresa, bem como a superação do paradigma da vedação à participação.

Desta forma, busca-se, com argumentos calcados em pesquisa doutrinária e jurisprudencial, demonstrar as transformações benéficas ocorridas com a neoconstitucionalização do direito na atualidade como garantidoras da preservação das empresas.

Através deste trabalho, pretende-se discorrer sobre o tema de forma a complementar o estudo apresentado em sala de aula objetivando um entendimento mais teórico sobre a evolução do direito falimentar, sua importância e o impacto de suas interferências em outros ramos do direito.

2 O NEOCONSTITUCIONALISMO E SEU REFLEXO NA ORDEM ECONÔMICA

A mudança de posicionamento do direito constitucional frente aos outros ramos do direito teve marco histórico em grandes momentos, tanto na Europa quanto no Brasil.

Assim, enquanto na Europa o movimento de re-constitucionalização ocorreu após a Segunda Guerra, no Brasil ele se deu com a promulgação da Carta Magna de 1988. Ambos momentos históricos foram marcantes para essas sociedades, pois após anos de subversão e inexistência de fonte normativa que garantisse os direitos fundamentais, as Constituições se mostraram os únicos documentos hábeis a garantir tais direitos a todos os cidadãos, independente de credo, raça ou ideologia.

Assim, historicamente a nova fase constitucional brasileira se dá com a promulgação da Constituição da República que tirou o país de um regime autoritário e fez nascer o Estado Democrático de Direito.

Na lição do douto professor Luís Roberto Barroso, “a Carta de 1988 tem propiciado o mais

longo período de estabilidade institucional da história republicana do país.” Isso se deve ao seu conteúdo, não só técnico, mas principiológico que elevou a valoração dos seus preceitos pela sociedade, criando um sentimento constitucional.

Neste ínterim, temos que a força normativa da Constituição foi uma das principais contribuições da Carta Magna de 1988 ao Neoconstitucionalismo. Esta mudança de paradigma, em que se sai de uma interpretação e regras meramente políticas para normas com conteúdo dotados de imperatividade, com atributos de

vinculação e observação obrigatórias por todos, alterou não só a vida da população, mas afetou sobremaneira a ordem econômica do Estado, normatizando a propriedade privada e sua função social.

Assim, seguindo a evolução mundial, o Brasil passou, a partir de 1988, a adotar como valores primordiais os direitos fundamentais, atribuindo-lhes papel orientador das funções do Estado. Assim, os princípios e valores agora introduzidos foram revelando-se como limitadores da função legislativa e administrativa, no intuito de ampliar o controle administrativo e judicial sobre seus atos.

Na conquista de status normativo, os princípios constitucionais deixam de ser vistos apenas da esfera axiológica, sem efetiva aplicação jurídica para se tornarem verdadeiras normas de controle das próprias regras, pois a supremacia da Constituição impõe que seus princípios sejam obrigatoriamente observados e seguidos pelas demais áreas do direito.

Tem-se que, a partir desta nova ótica constitucional, ocorreu uma extrema mudança nos paradigmas e princípios regentes do direito que passaram a ter extrema relevância, pois deixaram ser apenas ideais exemplificativo de significados inócuos, e passaram a ter força normativa, podendo-se afirmar uma posição hierarquicamente superior às regras.

Isto porque, os princípios tiveram reconhecidos sua manifestação axiológica, que definem os valores regentes do Estado e são a base dos direitos fundamentais. Não se tratam de regras concretas como as normas e regras jurídicas, mas norteadores de comportamentos e ações da sociedade.

No contexto da ordem econômica, o doutrinador José Afonso da Silva ressalta que as normas integrantes da ordem constitucional econômica adquiriram grande importância na redemocratização da república, buscando atribuir fins ao Estado, esvaziado pelo liberalismo econômico.

Assim temos que o art. 170 da CF, lista no rol de princípios norteadores da nova ordem econômica do Estado brasileiro, com fundamento na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com a finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, os princípios da propriedade privada (inc. II) e função social da propriedade (inc. III), entre outros.

Nesta seara, o empresário, considerado como proprietário dos bens de produção, a quem compete a iniciativa e o risco da empresa, tem, assim, o dever de agir de forma a fazer com que sua propriedade atenda a sua função social, gerando empregos, gerando impostos e garantindo a todos existência digna.

Ainda, nesse sentido, José Afonso da Silva continua:

[...] tem-se configurada sua direta implicação com a propriedade dos bens de produção, especialmente imputada à empresa pela qual se realiza e efetiva o poder econômico, o poder de dominação empresarial. Disso decorre que tanto vale falar de função social da propriedade dos bens de produção, como de função social da empresa, como de função social do poder econômico.

Nesta toada, ao tornar o direito à propriedade fundamento da república, a Constituição garantiu aos particulares direitos patrimoniais e as empresas o exercício de atividade econômica, desde que observadas certas limitações, como por exemplo, a sua função social.

Segundo o professor Marlon Tomazette, “Há sempre uma função social a ser cumprida, a qual ganha especial relevo na recuperação judicial, sendo expressamente mencionada no art. 47 da Lei nº 11.101/2005.”.

Da conjunção dos princípios da propriedade e função social, decorre o nascedouro da preservação da empresa como princípio constitucional implícito com o objetivo de garantir a dignidade, inclusive da empresa dentro da ordem econômica adotada pelo sistema brasileiro.

O princípio da preservação da empresa, foi explicitamente introduzido no ordenamento jurídico como norteador do processo falimentar, com a criação da Lei Complementar nº 11.101/2005, com objetivo principal de proteger a atividade empresarial. Salientando-se que, nunca se busca a proteção do interesse do empresário, mas do interesse da sociedade, tendo em vista a manutenção do emprego gerado pela atividade empresarial.

Ocorre que este princípio muitas vezes não é respeitado no âmbito da Administração Pública. Isto porque, este ramo de direito é norteado, principalmente, pela estrita legalidade e formalismo.

Temos que, com a promulgação da Carta Magna, os princípios receberam posição de grande importância na gestão da coisa pública. Embora, haverem normas

e regras para prever quase todas as condutas e decisões administrativas, inúmeras vezes o agente público se encontra em situações em que o legislador foi silente. Assim, por estar obrigado a agir em observância aos princípios norteadores da função Administrativa, estes serão instrumentos pelo qual o agente deverá decidir da melhor forma, mesmo que haja brecha para agir discricionariamente.

A redução da discricionariedade pela imposição de princípios norteadores, foi um dos reflexos mais importantes da constitucionalização do direito administrativo, já que mesmo decisões com alguma flexibilidade deverão ser pautadas e fundamentadas em respeito aos princípios definidos na Carta Magna.

Na lição da douta professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a Carta Magna impôs a obrigatoriedade de princípios como garantidores dos valores em que o Estado se funda:

Além da parte introdutória da Constituição, onde se afirmam os seus princípios fundamentais, em vários outros dispositivos se revela a preocupação com determinados valores a serem observados no desempenho da função estatal e, dentro desta, da função administrativa a cargo da Administração Pública. Esta já não está mais submetida apenas à lei, em sentido formal, mas a todos os princípios que consagram valores expressos ou implícitos na Constituição, relacionados com a liberdade, igualdade, segurança, desenvolvimento, bem-estar e justiça.

Nesta seara, dentre os princípios basilares em que a Administração pública se encontra estritamente vinculada, o constituinte originário fez constar o Princípio da Legalidade no rol do citado artigo acima, alterando sua concepção e sua aplicabilidade pelo administrador. Antes era observado e o que a partir de agora deve ser aplicado.

Assim, temos que este novo modelo constitucional transformou o direito administrativo em instrumento de legitimação da Administração pública que obrigou também uma profunda mudança no Princípio da legalidade, como antes concebido.

Neste diapasão, chegamos ao ponto culminante aqui discutido: quando confrontados os princípios da preservação da empresa *versus* o da legalidade, por qual deles deve o agente público se pautar?

2.1 Um breve histórico sobre a evolução do Direito Administrativo

No Brasil, o direito administrativo como ramo autônomo do direito, teve sua origem ainda Império, quando ocorre a divisão e definição dos Poder Legislativo, o Poder Judiciário, o Poder Executivo e o Poder Moderador, mesmo que tanto o Executivo e o Moderador fossem concentrados nas mãos do Imperador.

Historicamente, o direito administrativo foi concebido pelo ensejo de autonomia do Poder Executivo frente aos demais poderes, e até mesmo ao controle do cidadão. Tendo como estrutura basilar a preservação do princípio da autoridade, uma vez que sua criação se originou no intuito do Executivo na preservação de poder, conforme defende Gustavo Binenbojm.

Ao longo dos anos, puderam ser notadas uma série de impulsos contraditórios em que a autoridade e a liberdade concorriam na escala de valores regentes. Porém, a autoridade sempre era mantida tendo em vista a preservação da extrema burocracia que garantia uma maior discricionariiedade aos atos administrativos.

Com evolução e transformações do Estado moderno, o direito administrativo passou por uma crise de identidade, por vezes, tentando convergir para o direito privado. No Brasil, o ápice das mudanças ocorridas no direito administrativo moderno foi sua constitucionalização com a promulgação da Carta Magna de 1988.

Assim, com o texto de 1988, o Brasil adotou um perfil neoliberal no cenário constitucional para tratar diversas questões, inclusive as públicas. Porém, não se pode compreender o direito administrativo sob a égide constitucional somente a partir desta Carta Magna, uma vez que ele sempre esteve presente nas Constituições anteriores, mesmo que com pouca expressividade.

2.2 A crise do Princípio da Legalidade e seu reflexo sobre a discricionariiedade administrativa *versus* a Preservação da empresa

O princípio da legalidade está explicitamente previsto na Constituição da República em dois momentos distintos. No primeiro momento, como garantidor constitucional de direitos fundamentais, de acordo com o art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Nas lições de Seabra Fagundes, até hoje proferidas “*administrar é aplicar a lei de ofício*”. Essa visão arcaica corresponde a concepção do princípio da legalidade como vinculação positiva do administrador apenas à lei.

Na nova visão constitucionalista, a legalidade ganha nova interpretação transcendendo para princípio da juridicidade ou constitucionalidade, no qual a Carta Magna deve ser vista com supremacia diante das normas infraconstitucionais.

Ocorre o Administrador Público, conforme previsão constitucional imposta no Art. 37, só é autorizado fazer aquilo que está previsto em lei, sob pena de invalidade de seus atos. Assim, todos os atos da administração pública devem estar de acordo com a legislação.

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles: "Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza".

Diógenes Gasparini assim define:

O princípio da legalidade significa estar a Administração Pública, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor. Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se a anulação. Seu campo de ação, como se vê, é bem menor que o do particular.

Este Princípio representa total subordinação da Administração Pública à previsão legal, não podendo o administrador público, por mero ato administrativo, mesmo que no uso de sua prerrogativa discricionária, conceder direitos, estabelecer obrigações ou impor proibições não previstas pela legislação.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Na medida em que cresce o sentido da legalidade (que deixa de abranger apenas a lei posta pelo Parlamento e passa a abranger atos normativos da Administração Pública, além de princípios e valores), reduz-se a discricionariedade. Esse tem sido o sentido da evolução: ampliação da legalidade e redução da discricionariedade.

Talvez a característica mais marcante da evolução deste princípio na esfera pública seja essa alteração da vinculação negativa pelo da vinculação positiva à lei,

ou seja, os atos da administração somente serão válidos se respaldados por legislação vigente. Ainda, a legalidade passa a ser vista sob o ponto de vista material, e não apenas formal.

Esse processo de ressignificação da legalidade iniciou-se com a constitucionalização do Direito Administrativo, culminando na chamada crise do Princípio da legalidade.

Assim, o Princípio da legalidade e, paralelamente, a atividade discricionária passaram por transformações ao longo do tempo, sendo as mais significativas, reflexos da nova ordem constitucional que reestruturou o Direito Administrativo vinculando-o as concepções hierarquicamente ali impostas face as normas infraconstitucionais.

Sobre este tema Gustavo Binbenbojm discorre:

A constitucionalização do Direito Administrativo impõe falarmos agora em distintos graus de vinculação à juridicidade, conforme a densidade da norma de direito aplicável. De modo geral, as regras determinam a conduta a ser seguida pela Administração, correspondendo a um alto grau de vinculação à juridicidade. Os conceitos jurídicos indeterminados definem espaços de certeza positiva e certeza negativa acerca da sua própria incidência sobre a realidade, deixando certa margem de apreciação técnica ou valorativa para a Administração. Daí falar-se em um grau intermediário de vinculação. Por fim, os princípios dirigem a Administração à consecução de determinados fins, sem definição de condutas específicas a serem adotadas. Assim, representam o mais baixo grau de vinculação à juridicidade.

Neste ponto, verifica-se superada a restrita vinculação positiva da Administração à lei no Direito Administrativo moderno, pois caso seja cabível, o agente poderá utilizar fundamentos constitucionais para respaldar uma decisão que caso fosse decidida via norma infraconstitucional poderia ir contra valores constitucionais no caso concreto.

Desta forma, a legalidade não pode ser definida como absoluta, podendo ser afastada, excepcionalmente, em situações concretas, quando realizada ponderação entre princípios de mesma envergadura.

O reflexo dessa transmutação do sentido de legalidade e sua extensão, foi a redução do âmbito de discricionariedade do agente público, com maior controle judicial de seus atos.

Discricionariedade administrativa é definida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro como “a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma entre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito”.

No atual contexto constitucional, discricionariedade é a liberdade de atuação da Administração Pública dentro dos limites impostos pelo texto constitucional e pela legislação.

Inversamente ao ocorrido no Princípio da legalidade, em que esta foi ressignificada de forma mais ampla, a discricionariedade teve sua atuação mais restritiva. Tais impulsos contrários visam, sobretudo, garantir o interesse público na atividade administrativa.

Como muito bem pontuado por Maria Sylvia, a redução da discricionariedade administrativa se deveu a vários fatores:

A discricionariedade, vista como poder jurídico (porque limitada pela lei) foi sofrendo reduções por vários fatores: pela inclusão dos atos normativos do Poder Executivo no conceito de legalidade; pela elaboração pretoriana da teoria do desvio de poder e da teoria dos motivos determinantes; pela chamada constitucionalização do direito administrativo, entendida no sentido da inclusão de princípios e valores no conceito de legalidade, em sentido amplo; pela interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas, como decorrência de outro aspecto da constitucionalização do direito administrativo: o reconhecimento de um mínimo de efetividade às normas constitucionais que garantem os direitos sociais, como essenciais à dignidade da pessoa humana. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, 2012)

Neste passo, observamos que estas alterações na interpretação administrativa não são observadas quando se tratam de empresas em recuperação judicial. Isto porque, apesar da Lei de licitações não vedar expressamente a participação de empresas em recuperação judicial nos processos licitatórios, existe uma divergência entre permitir ou não sua participação, muitas vezes interpretada em desfavor das empresas.

Para discorrer corretamente sobre o tema, insta realizar um breve cotejo entre as disposições trazidas pelo advento da Lei Nº 11.101/2005 (Lei de Falências), à luz das exigências de habilitação previstas na Lei Nº 8.666/93, trazendo, por fim, o entendimento jurisprudencial pacificado pelos tribunais superiores. .

3 A RECUPERAÇÃO JUDICIAL E A PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES PÚBLICAS

3.1 Advento da Recuperação judicial (Lei Nº 11.101/2005)

Com 13 anos de sua vigência, a atual Lei de Falências no âmbito do Brasil inovou e esclareceu pontos antes controversos, modificando substancialmente o decreto-lei 7.661, de 1945, que tratava da matéria. Uma das maiores alterações trazidas pela nova lei falimentar foi a extinção da Concordada e a criação do instituto da recuperação judicial.

Na recuperação judicial da empresa o objetivo é reorganizá-la, se comprovada sua viabilidade econômico-financeira. Assim, a lei previu 3 fases processuais distintas: Fase Postulatória; Deliberativa; e de Execução.

Para o presente estudo, a fase mais importante das acima elencadas é a Fase deliberativa, pois é nela que é realizado o estudo de viabilidade da empresa, bem como apresentação e aprovação do Plano de Recuperação pelo juízo falimentar.

Assim, após a verificação que trará os arts. 7º a 20 da lei, havendo créditos, inicia-se a análise e aprovação do plano de reorganização previsto no art. 53. Deferido o plano pelo juiz, é proferida a decisão que concede a recuperação judicial (art. 58).

Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convalidação (conversão) em falência, e deverá conter:

I – discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo; II – demonstração de sua viabilidade econômica; e

III – laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.

Parágrafo único. O juiz ordenará a publicação de edital contendo aviso aos credores sobre o recebimento do plano de recuperação e fixando o prazo para a manifestação de eventuais objeções, observado o art. 55 desta Lei.

Esta fase é a mais importante para este estudo, pois somente a partir da aprovação do plano é que fica demonstrada a possibilidade de superação da crise financeira da empresa, ou seja, a possibilidade de dar continuidade as suas atividades empresariais sem por em risco os tomadores destes serviços, conforme se demonstrará essencial para a tese jurisprudencial apresentada nos próximos tópicos.

Isto porque, a Lei de licitações (Lei nº 8.666/93) traz, em rol taxativo, no art. 31 os documentos relativos a qualificação econômico-financeira que podem ser exigidos dos licitantes nos processos de compras governamentais quando da habilitação dos licitantes. Entre os documentos passíveis de serem solicitados no edital, consta a certidão negativa que informa sobre a situação falimentar da empresa:

Art. 31 A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a: II - **certidão negativa de falência ou concordata** expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

É neste ponto, que nasce a questão levantada pelo presente artigo, isto porque, não ficou claro para a Administração Pública onde o novo instituto da recuperação judicial se enquadraria nesta restrição.

Antes de adentrarmos a discussão, propriamente dita, é cumpre distinguir os institutos, para esclarecer os aspectos legais que podem ser suscitados mais adiante.

3.1.1 A Concordata “versus” Recuperação

Criada pelo Decreto-Lei 7.661/45, o objetivo principal deste benefício era a possibilidade de negociação com fornecedores, sob supervisão judicial. De maneira bem limitada, permitia aos empresários a possibilidade de prorrogar o pagamento a seus credores sem garantia real e ainda continuar suas atividades comerciais.

A concordata, podia ser preventiva ou suspensiva, mas, por vezes, já era um indício da falência da empresa, já que não havia nenhum planejamento para melhorar sua situação, pois somente visava a dilação do pagamento das dívidas, o que não se mostrava eficaz na maioria dos casos.

A Concordata foi extirpada do ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da Lei nº 11.101 em 2005, quando então foi criada a Recuperação de empresas, podendo estas ser judicial ou extrajudicial.

A confusão entre a similaridade destes institutos se dá pelo momento de extinção de um se dar com o nascedouro do outro.

Na Recuperação existe um acordo entre as partes para que o plano seja cumprido, e a empresa saia situação de risco no prazo estipulado. A base deste instituto é principalmente a preservação da empresa para que esta cumpra sua função social, assim como a manutenção dos empregos e pagamentos de impostos, que influenciam na ordem econômica do país.

Já a Concordata era um benefício com previsão da garantia de supervisão para cumprimento de algumas obrigações para com aqueles que não tinham nenhuma garantia de recebimento, ou seja, os credores quirografários.

A recuperação, judicial ou extrajudicial, sempre terá como objetivo a manutenção da atividade empresarial, evitando a quebra e fechamento, não tem fito de suspender a falência, tal como poderia ocorrer na concordata, vez que a recuperação se trata de procedimento prévio, pois, após decretada, está não poderá ser convertida.

Desta forma, nítida que uma não ocupou o lugar da outra no mundo jurídico, já que a recuperação não existia antes do advento da Lei Falimentar em 2005.

3.2 Entendimento jurisprudencial

O sistema de compras brasileiro tem especial relevância na economia do país. Isto porque, as aquisições públicas envolvem principalmente os interesses da coletividade ao utilizar o dinheiro público para fomentar a sociedade de várias formas.

Para garantir a isonomia das contratações públicas o Brasil criou o instituto da Licitação, processo administrativo que deve obedecer aos princípios constitucionais e administrativos da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além de se pautar pelos demais princípios específicos visando sempre o interesse do bem público e a coletividade. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

Neste sentido, Licitação é sempre assunto de elevada importância no contexto da função administrativa do Estado e desde a Constituição Federal de 1988 recebeu status constitucional de observância obrigatória pela Administração Pública direta e indireta de todos os poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Conforme explanado também nos primeiros capítulos deste desprezioso artigo, a Administração Pública deve obedecer a critérios e formalidades inerentes a sua natureza observando sempre o disposto na legislação, pois por força do Princípio da Legalidade, ao gestor público somente é permitido agir conforme ao expressamente disposto por lei.

Nesta seara, compreendemos que a postura burocrática da Administração, foi o que criou a similaridade entre a concordata e a recuperação, coibindo, por simples analogia, a participação de empresas em recuperação nas licitações públicas.

Diante do cenário econômico dos últimos anos, se tornou de suma importância à manutenção das empresas esclarecer as divergências geradas pelos entendimentos errôneos dos institutos falimentares, cabendo ao judiciário prolatar decisões que ponderasse entre os Princípios da Legalidade e da Preservação da Empresa, bem como distinguir os institutos e esclarecer sobre a permissão ou não da participação das empresas em recuperação nas licitações públicas.

Neste diapasão, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) em decisão recente

Com efeito, o Tribunal de origem salientou que a requerida possui todas as certidões negativas ínsitas no art. 31 da Lei nº 8.666/93, sendo certo que, por estar em recuperação judicial, não seria capaz de apresentar apenas a certidão negativa de falência ou concordata. Assim, deferiu a liminar por entender que, além de a Lei nº 11.101 não exigir a apresentação dessa certidão e ser a antiga concordata instituto diferente, o simples fato de estar em recuperação judicial não poderia ceifar o seu direito de fazer parte de procedimentos licitatórios e dar continuidade aos contratos em curso.

Examinando detidamente a liminar concedida, verifica-se que - além de consignar que a requerida era portadora das demais certidões previstas no art. 31 da lei nº 8.666/93 - autorizou a requerida a participar de contratos de prestação de serviços e fornecimentos com entes públicos, tanto para a manutenção dos atuais contratos, sem apresentação da certidão negativa de recuperação judicial.

Ou seja, não a permitiu participar sumariamente de toda e qualquer licitação sem apresentação de quaisquer documentos

previstos na lei de regência, apenas afastou a apresentação de uma certidão, frisa-se: a certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica.

Nesse mesmo sentido, o Tribunal Regional Federal da Primeira Região (TRF1) prolatou decisão em que define a restrição de participação em licitações por empresas em recuperação como macula à competitividade do certame:

Licitação. Modalidade convite. Empresa em recuperação judicial. Participação. A negativa da Petrobras em admitir a participação de empresa que se encontra em regime de recuperação judicial pode representar atentado ao caráter competitivo da licitação. Provado que ela presta os mesmos serviços à Petrobras em outra localidade, a aludida crise econômico-financeira da contratada não seria motivo para deixar de convidá-la para a modalidade convite. Unânime.

No entendimento do Tribunais de Contas da União (TCU) a Administração deve exigir a apresentação de documento emitido pelo juízo da recuperação judicial que comprove que o licitante possui aptidão econômica e financeira para a execução do objeto da licitação.

Este tema já foi sumulado no Estado de São Paulo por seu egrégio Tribunal de Contas, orientando acerca dos documentos passíveis de serem exigidos destas empresas em sede de habilitação:

SÚMULA Nº 50 - Em procedimento licitatório, não pode a Administração impedir a participação de empresas que estejam em recuperação judicial, das quais poderá ser exigida a apresentação, durante a fase de habilitação, do Plano de Recuperação já homologado pelo juízo competente e em pleno vigor, sem prejuízo do atendimento a todos os requisitos de habilitação econômico-financeira estabelecidos no edital.

Fica claro que jurisprudencialmente a exigência de certidão negativa de falência e concordata, que hoje inclui a recuperação, foi relativizada em prol da preservação da empresa. Desde que não representem riscos à Administração Pública sua contratação, por isso a possibilidade do gestor exigir o Plano de recuperação deferido pelo juiz, que comprova a viabilidade econômica da empresa. Caso contrário, a proibição de vender para a gestão pública seria o fim de empresas que tem suas atividades 100% voltadas para atender as demandas do setor público.

4 CONCLUSÃO

Apesar de ainda controverso, o tema aqui discutido vem ganhando muita importância nos últimos anos, principalmente por tratar da relativização de princípios e determinar regras mais claras, buscando o objetivo da norma, e não somente a simples redação.

Nesta seara, resta claro que não há óbice legal à participação das empresas em recuperação nos processos licitatórios, uma vez que o próprio plano de recuperação pode prever a venda para o governo como solução a sua situação econômica frágil.

Ademais, seria um atentado ao Princípio da Preservação da empresa simplesmente proibir sua participação em processos de compras governamentais sem que com isso se tenha nenhum proveito ou segurança realmente.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). Revista Direito Administrativo,

Rio de Janeiro, Abril/junho, 2003. Disponível na internet:

<<https://pt.scribd.com/document/354744788/Ana-Paula-de-Barcellos-O-comeco-da-Historia-A-novainterpretacao-constitucional-e-o-papel-dos-principios-no-Direito-brasileiro-pdf>>. Acesso em: 02 de dezembro de 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro do Direito Público, nº 9 março/abril/maio, 2007. Disponível na internet:

<<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 02 de dezembro de 2017.

BINENBOJM, Gustavo. Entrevista à terceira edição da Revista do TCE de 2012. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1598.pdf>> Acesso em: 18 novembro 2017.

BINENBOJM, Gustavo. *A constitucionalização do direito administrativo no brasil: um inventário de avanços e retrocessos*. Revista eletrônica sobre a reforma do estado (rere), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, março/abril/maio, 2008. Disponível em:

<<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>> Acesso em: 18 novembro 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o Princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa*. Atualidades Jurídicas – Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/noticias/da-constitucionalizacao-do-direitoadministrativo-reflexos-sobre-o-principio-da-legalidade-e-a-discricionariedadeadministrativa/>> Acesso em: 17 novembro 2017.

FREITAS, Juarez. *O Controle Dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Conceito de Interesse Público e a “Personalização” do Direito Administrativo*. Revista Trimestral de Direito Público 26/1999, São Paulo: Malheiros, p. 115-136.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

AS CONSEQUÊNCIAS DA HABILITAÇÃO DE CRÉDITO SUB JUDICE NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E SUA INVIABILIDADE

CONSEQUENCES AND IMPRACTICALITY OF PROVING A SUB JUDICE CLAIM ON A JUDICIAL CORPORATE RECOVERY LAWSUIT

Gustavo Prieto Moisés¹

RESUMO

O presente artigo tem por finalidade a análise jurídica do problema constante da habilitação de créditos sub judice nos autos da recuperação judicial, abordando suas consequências e repercussões processuais, em virtude dos direitos atribuídos aos credores habilitados, mormente no tocante ao direito de voto. Para tanto, realizou-se uma análise quanto à interferência dos credores habilitados como tal na recuperação judicial, cuja efetiva existência do crédito habilitado se encontrava pendente de decisão proferida em ação autônoma, cujo resultado pode vir a ser pela não existência do crédito previamente habilitado. Isso porque, os referidos “futuros” credores, ainda que tenham seu crédito sub judice no momento da habilitação, uma vez habilitados, têm interferência direta na aprovação do plano de recuperação judicial apresentado pela empresa nos autos desse processo, posto que passam a deter direito de voto. Ademais, diante da possibilidade de que se venha a reconhecer como inexistente o crédito previamente habilitado, nos autos da ação autônoma em que se encontra sub judice o direito creditório, em momento posterior às deliberações da Assembleia Geral de Credores na Recuperação Judicial, seja por nulidade do título de crédito, inexigibilidade, improcedência do pedido indenizatório, ou qualquer outro motivo, ter-se-á votos proferidos por aqueles que não detêm direito de crédito passível de habilitação, e por consequência, interferiram de forma direta, seja pela aprovação ou reprovação do plano de recuperação judicial apresentado, sem que detenham efetivamente a condição de credores, ante ao reconhecimento de inexistência do crédito previamente habilitado. Nesse sentido, foi realizada uma pesquisa concomitante, à legislação vigente sobre o tema, aos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais no que diz respeito ao momento em que se dá a efetiva constituição do crédito de forma definitiva, que permitiria a sua efetiva habilitação, bem como ao que se tem admitido nos processos de recuperação

¹ Bacharel em direito, advogado, aluno do curso de pós-graduação presencial do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB em Direito Empresarial e Contratos, domiciliado ao SBS, Quadra 02, Bloco E, 10º andar, Salas 1004/1005, Brasília/DF – CEP 70070-120, Brasil – endereço eletrônico: gprieto.moises@gmail.com

judicial aos credores nessa condição, de modo a se aferir a viabilidade ou não de habilitação dos créditos sub judice.

Palavras-chave: Habilitação de crédito sub judice. Recuperação Judicial. Direito de voto.

ABSTRACT

The goal of the following publication is to analyze the problem consisting of proving a sub judice claim on a judicial corporate recovery lawsuit, throughout the approach of its consequences and procedural implications, due to the rights secured in favor of the proven creditors, mostly concerning their right to vote. Therefore, an analysis' been performed concerning the interference of the proven creditors, enabled as such, on the judicial corporate recovery lawsuit, whose effective credit existence was the object of current separate lawsuits, which the final result proclaimed by the Judge could be the inexistence of the previously proven credit or claim. Furthermore, these possible future creditors, even with their credit sub judice on current separate lawsuits, once enabled, have direct interference on the approval of the recovery plan presented by the company on the recovery lawsuit, for they have right to vote. In addition to that, in face of the possibility of recognition of the previously proven credit as inexistent on a separate and ongoing lawsuit, which object consists of the existence of credit, occurring after the determinations of the general meeting of creditors on the judicial corporate recovery lawsuit, either by the nullity of the instrument of credit, its unenforceability, dismissal of the request for damages or indemnification, or any other reason, there will be votes cast by those who never had right as creditors, in face of the denial on the separate lawsuits. Moreover, an associate research's been developed, approaching the current legislation on the subject, the doctrinal understandings and former courts decisions, concerning the moment in which occurs the effective credit establishment on a definitive and permanent basis, which would allow the creditor to prove its claim, and also concerning what has been authorized by the national courts on the judicial corporate recovery lawsuits to creditors with sub judice claims, as a way to determine the practicality or not of proving sub judice claims on those lawsuits.

Keywords: Proof of sub judice claim. Judicial Corporate Recovery. Right to vote.

1 DO CRÉDITO

1.1 Definição jurídica de crédito e os créditos atingidos pela Recuperação Judicial

Inicialmente, e para que se possa aperfeiçoar a análise que se busca com o presente artigo, é necessário se fazer uma breve introdução quanto ao conceito de crédito, de modo a se averiguar determinados pressupostos de existência, validade e exigibilidade, que venham autorizar a sua habilitação na recuperação judicial.

O termo crédito possui acepção em diversas áreas do conhecimento, lhe sendo atribuídas definições de cunho financeiro, econômico e jurídico, sendo o último aquele que será abordado no presente, para que se compreenda com maior clareza as noções do fato gerador do direito creditório e o momento de sua constituição, fundamentais para o desenrolar do presente trabalho.

Para o direito, desde as doutrinas clássicas do Direito Comercial, havia a concepção firmada de que a obrigação é o crédito considerado sob o enfoque jurídico, e para a economia, se teria o contrário, sendo o crédito a obrigação no ponto de vista econômico², conforme discorreu Gaudemet.

Diante desse entendimento, para o Direito enquanto ciência, o direito de crédito estaria contido dentro da obrigação, sendo essa definida como a “relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor e cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através de seu patrimônio”³.

Entretanto, é importante se destacar que para se adequar a noção de crédito aqui abordada, como sendo aquela constante da legislação aplicável à Recuperação Judicial, (Lei 11.101/2005), este deve ser analisado em sentido estrito, de acordo com o espírito legal, no sentido de que é considerado como crédito para fins de habilitação na Recuperação Judicial, a obrigação certa ao tempo do deferimento do pedido de recuperação pelo Juízo competente.

É esse o entendimento do artigo 49⁴ da referida lei, ao dispor que serão alcançados pela recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, incluídos aqui ainda, aqueles que não houverem vencido.

O artigo supracitado, aliado ao artigo 5^o, também da Lei 11.101/2005, trazem algumas das hipóteses legais excepcionais dos créditos não atingidos pela

² SANTOS, J M de Carvalho. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro. vol. XIII. Rio de Janeiro: Borsoi*, p. 212.

³ MONTEIRO, Washington de Barros. *Das modalidades de Obrigações*, São Paulo, 1959, p.12.

⁴ Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos § 1o Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

§ 2o As obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial.

Recuperação Judicial, com a importante ressalva do caput do artigo 49, no tocante ao pressuposto da existência efetiva do crédito quando da propositura do pedido.

Não obstante os artigos mencionados, há a ressalva legal no sentido de que é obrigação do devedor empresário, em sua inicial, apresentar uma relação de todas as ações judiciais em que figure como parte, com a estimativa dos valores demandados, nos termos do artigo 51, IX⁵, e ainda, a exceção quanto à suspensão das ações que demandarem por quantia ilíquida, conforme artigo 6º, § 1º⁶.

Assim, o que se percebe é que a própria legislação, ao versar sobre os créditos alcançados pela recuperação judicial, abre margem interpretativa para se compreender, pela *ratio legis* dos dispositivos colacionados, que a mera iliquidez não é óbice para a habilitação de créditos sub judice no processo de recuperação judicial.

Logo, o problema que se discute no presente não pode ter por resposta a impossibilidade de habilitação de crédito sub judice na recuperação judicial, fundada tão somente na iliquidez do crédito, devendo assim aprofundar um pouco mais a análise, de modo a se aferir o momento de sua efetiva constituição, que possibilitaria seu alcance ou não, pela recuperação judicial.

§ 3o Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4o do art. 6o desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

§ 4o Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei. § 5o Tratando-se de crédito garantido por penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários, poderão ser substituídas ou renovadas as garantias liquidadas ou vencidas durante a recuperação judicial e, enquanto não renovadas ou substituídas, o valor eventualmente recebido em pagamento das garantias permanecerá em conta vinculada durante o período de suspensão de que trata o § 4o do art. 6o desta Lei. ⁴Art. 5o

Não são exigíveis do devedor, na recuperação judicial ou na falência:

- as obrigações a título gratuito;
- as despesas que os credores fizerem para tomar parte na recuperação judicial ou na falência, salvo as custas judiciais decorrentes de litígio com o devedor.

⁵ Art. 51. A petição inicial de recuperação judicial será instruída com:

(...)

IX – a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados.

⁶ 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.

1.2 A natureza do crédito sub judice e a sua constituição, de acordo com a natureza da sentença

As teses que pugnam pela inviabilidade da habilitação e alcance dos créditos sub judice pela recuperação judicial, têm por fundamento a inexistência efetiva do crédito quando da propositura do pedido recuperacional junto ao Juízo competente para julgá-lo.

Isso porque, o simples fato de se mencionar que o crédito se encontra sub judice, passa a impressão de que o crédito não existe no mundo jurídico, o que impossibilitaria que pudesse ser objeto de habilitação nos autos da Recuperação judicial, sob pena de assim, conceder direito de voto a pessoa que não é titular de crédito, posto que a demanda pende de julgamento.

Todavia, conforme delineado no capítulo anterior, a própria lei de falência e recuperação judicial, tratou de ressaltar o dever do requerente de informar na

petição inicial todas as ações judiciais existentes até a data do pedido, bem como assegurar o prosseguimento das demandas que versem sobre quantias ilíquidas.

Devido à relevância do tema, o mesmo não escapou da análise do Poder Judiciário, tendo sido objeto de recente julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça que, ao julgar o Recurso Especial nº 1.447.918/SP⁵, que entendeu pela possibilidade de se habilitar o crédito sub judice na Recuperação Judicial, restando assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. DISCUSSÃO SOBRE INCLUSÃO DE CRÉDITO EM PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. "DEMANDA ILÍQUIDA". APLICAÇÃO DO § 1º DO ART. 6º DA LEI N. 11.101/2005. CRÉDITO REFERENTE À AÇÃO INDENIZATÓRIA. OBRIGAÇÃO EXISTENTE ANTES DO PEDIDO DE SOERGUMENTO. INCLUSÃO NO PLANO DE RECUPERAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 59 DA LEI N. 11.101/2005. RECURSO PROVIDO.

Não há falar em violação ao art. 535 do Código de Processo Civil, pois o eg. Tribunal a quo dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que venha a examinar uma a uma as alegações e os argumentos expendidos pelas partes. Ademais, não se configura omissão quando o julgador adota fundamento diverso daquele invocado nas razões recursais. No caso, verifica-se que a controvérsia principal está em definir se o crédito decorrente de sentença condenatória, proferida em autos de ação indenizatória ajuizada antes do pedido de soerguimento, submete-se, ou não, aos efeitos da recuperação judicial em curso.

A ação na qual se busca indenização por danos morais - caso dos autos - é tida por "demanda ilíquida", pois cabe ao magistrado avaliar a existência do evento danoso, bem como determinar a extensão e o valor da reparação para o caso concreto. Tratando-se, portanto, de demanda cujos pedidos são ilíquidos, a ação de conhecimento deverá prosseguir perante o juízo na qual foi proposta, após o qual, sendo determinado o valor do crédito, deverá ser habilitado no quadro geral de credores da sociedade em recuperação judicial. Interpretação do § 1º do art. 6º da Lei n. 11.101/2005. Segundo o caput do art. 49 da Lei n. 11.101/2005, estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. A situação dos autos demonstra que o

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma. REsp nº 1.447.918/SP. Julgado em 07/04/2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 abr. 2018.

evento danoso, que deu origem ao crédito discutido, bem como a sentença que reconheceu a existência de dano moral indenizável e dimensionou o montante da reparação, ocorreram antes do pedido de recuperação judicial. Na hipótese de crédito decorrente de responsabilidade civil, oriundo de fato preexistente ao momento da recuperação judicial, é necessária a sua habilitação e inclusão no plano de recuperação da sociedade devedora. Recurso especial provido.

O acórdão mencionado é utilizado como referência, uma vez que pelo entendimento manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça, bem como pela interpretação teleológica dos dispositivos legais informados alhures, a possibilidade e viabilidade de habilitação do crédito sub judice na Recuperação Judicial, não está vinculada à liquidez do crédito em si, mas sim à sua data de constituição.

Como se vê do julgado apresentado, a demanda analisada pelo Superior Tribunal de Justiça versa sobre crédito oriundo de ação de indenização por dano moral, logo, decorrente de ato ilícito, restando assim exarado o entendimento daquela Corte Superior de que o crédito decorrente de atos ilícitos tem por data de constituição, a data de ocorrência do evento danoso.

Isso porque, a sentença proferida que julgou procedentes os pedidos indenizatórios detêm natureza constitutiva, produzindo assim efeitos *ex tunc*, de modo que, ao reconhecer a existência do evento danoso como tal, na data de sua ocorrência, que se deu antes da propositura do pleito recuperacional, entendeuse como existente o crédito à época dessa demanda, razão pela qual seria alcançado pela Recuperação Judicial.

Nesse sentido, é o entendimento doutrinário sobre o marco temporal de constituição do crédito indenizatório em ações de responsabilidade civil, conforme leciona Sérgio Cavalieri Filho⁶ ao dispor em sua obra que “a responsabilidade civil opera a partir do ato ilícito, com o nascimento da obrigação de indenizar, que tem por finalidade tornar *indemne* o lesado, colocar a vítima na situação em que estaria sem a ocorrência do fato danoso.”.

Na mesma linha segue o doutrinador Rui Stoco⁷, ao lecionar de forma sucinta que “da prática do ato ilícito decorre a responsabilidade do agente”, para em seguida

⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 16.

⁷ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 191.

discorrer sobre o marco temporal do crédito decorrente da responsabilidade, no sentido de que a partir do ato danoso, “nasce a obrigação de indenizar ou compensar.”.

Cabe um destaque no sentido de que esse marco temporal não é uma criação doutrinária, mas apenas uma interpretação civilista decorrente do próprio Código Civil vigente ((Lei 10.406/2002), posto que em seu artigo 398⁸, constitui o devedor em mora desde a data em que este praticou o ato ilícito.

Dessa forma, a conclusão a que se chega é de que a possibilidade de se habilitar o crédito sub judice na Recuperação Judicial estaria condicionada à natureza da sentença a ser prolatada na demanda pendente de julgamento, pois sendo esta constitutiva, retroage à data em que se teria originado o crédito, apenas declarando como existente desde então o fato jurídico gerador do direito creditório.

Isso porque, uma vez que a Lei de Falência e Recuperação Judicial prevê a necessidade da existência do crédito quando do pedido de Recuperação em Juízo, não haveria aqui violação à exigência legal do seu artigo 49, supratranscrito.

Para tanto, fundamental o cotejo entre a data da constituição do crédito com a data de ingresso do pedido da Recuperação Judicial, posto que ainda que a sentença futuramente proferida detenha natureza constitutiva, caso esta reconheça como existente fato gerado de direito creditório posterior ao pedido de Recuperação Judicial em Juízo, esse crédito não será alcançado, não sendo permitida a sua habilitação e alcance pela Recuperação Judicial.

Não é outro o entendimento da doutrina empresarial quanto ao tema, conforme ensinamentos do celebrado Fábio Ulhôa Coelho⁹:

A recuperação atinge, como regra, todos os credores existentes ao tempo da impetração do benefício. Os credores cujos créditos se constituírem depois de o devedor ter ingressado em juízo com o pedido de recuperação judicial estão absolutamente excluídos dos efeitos deste. Quer dizer, não poderão ter seus créditos alterados ou novados pelo Plano de Recuperação Judicial.

⁸ Art. 398. Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou.

⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 191.

E não se trata de entendimento isolado, de modo que Marcos Andrey de Sousa¹⁰ é adepto do mesmo entendimento, senão vejamos:

O primeiro aspecto a observar é o marco temporal, qual seja, a data do pedido. Os credores posteriores ao pedido não podem ser incluídos no plano de recuperação, mesmo que este seja elaborado e apresentado posteriormente.

Sendo assim, o que se depreende do entendimento legal e doutrinário apresentado, é que podem existir à época do pedido de Recuperação Judicial, créditos sub judice, cuja existência seja reconhecida em sentença futura, com efeitos retroativos, caso tenha natureza constitutiva, de modo que tais créditos são possíveis de habilitação, ainda que ilíquidos e inexigíveis à época.

De toda forma, o mesmo não se aplica às sentenças constitutivas que tenham por objeto fato jurídico declarado por existente após a data de ingresso do pedido de Recuperação Judicial, posto que inexistente *in casu* à época, bem como aos créditos oriundos de sentença que não produza efeito *ex tunc* proferida após a data de ingresso do pedido recuperacional, em virtude de que o direito que se busca nesse caso, apenas se materializará com a sentença, sendo assim a natureza tanto desta quanto do direito que se busca em Juízo, fundamentais à análise da viabilidade e possibilidade de habilitação dos créditos sub judice.

2 A HABILITAÇÃO DO CRÉDITO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

2.1 Consequências e direitos decorrentes da habilitação do crédito sub judice na Recuperação Judicial e o momento da habilitação

Uma vez habilitado o crédito na Recuperação Judicial, os credores passam a ter uma série de direitos, bem como legitimidade para objeções e impugnações de demais pedidos de habilitação propostos na Recuperação Judicial, passando assim a atuar como protagonistas da Recuperação Judicial, com interferência de elevada relevância nos atos processuais e deliberações voltadas ao plano de recuperação apresentado pelo empresário devedor.

¹⁰ (LUCCA, Nilton de; SOUZA, Marcos Andreys; SIMÃO FILHO, Adalberto. (Coord.). *Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 228/229.

Para tanto, é de suma importância para o regular processamento da Recuperação Judicial, que se identifique o maior número possível de credores legítimos, de modo que não se depare ao longo do processo com uma série de incidentes.

Todavia, ao passo em que se passa a admitir a habilitação daqueles credores detentores de crédito sub *judice*, se atrai uma série de problemas e questionamentos para as consequências de sua habilitação, caso seu crédito futuramente não seja reconhecido, em virtude do poder atribuído aos credores habilitados.

Ademais, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no acórdão do REsp 1.447.918/SP, deixa dúvidas quanto ao efetivo momento em que se dará a habilitação do credor sub *judice* no Quadro Geral de Credores, e por conseguinte, em qual classe será habilitado, e se será considerado como crédito retardatário.

Isso porque a própria fundamentação do voto do Relator é dúbia, deixando margem para interpretações, posto que inicialmente, dá a entender que o crédito deverá ser habilitado apenas posteriormente à determinação do valor:

É por tal razão, vale gizar novamente, que, durante o trâmite do processo de recuperação judicial, haverá o prosseguimento da ação na qual se busca indenização por dano moral. **Após, sendo determinado o valor, deverá ser habilitado no quadro geral de credores da sociedade devedora.**¹¹ (g.n.)

Entretanto, ao dar continuidade à fundamentação do voto, logo em seguida dá-se a entender que a habilitação deveria ocorrer desde o início do processo de Recuperação Judicial, uma vez que conforme já delineado anteriormente, há o reconhecimento de que a constituição do crédito decorrente de responsabilidade civil, ainda que sub *judice*, se dá no momento de ocorrência do evento danoso, *in verbis*:

No caso em análise, observa-se que o evento danoso, que deu origem ao crédito discutido, ocorreu antes do pedido de recuperação judicial. Por sua vez, a sentença que declarou a existência do dano moral indenizável e dimensionou o montante da reparação também foi proferida em momento anterior ao pedido de soerguimento.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma. REsp nº 1.447.918/SP. Julgado em 07/04/2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 abr. 2018.

Assim, a meu ver, o crédito já estava constituído antes do início do processo de recuperação judicial, razão pela qual deve ser habilitado no quadro geral de credores. Apenas o trânsito em julgado ocorreu posteriormente.¹² (g.n.)

Em que pese a ausência de indicação do momento específico pelo Superior Tribunal de Justiça, de quando deveria se dar a habilitação desse crédito sub *judice*, entende-se que, analisando o entendimento constante do v. acórdão supracitado, conjuntamente com a Lei 11.101/2005, em virtude da constituição do crédito se dar no momento do ato danoso, caso seja anterior ao pedido de Recuperação Judicial, o crédito deverá constar da relação apresentada pelo devedor, juntamente com a petição inicial, atendendo ao disposto no artigo 51, IX da Lei.

Entretanto, há que se considerar que, a partir do reconhecimento de que se admite como constituído um crédito sub *judice*, ainda que não se tenha uma sentença definitiva de mérito de natureza constitutiva, apta a produzir efeitos retroativos, ainda assim, se está concedendo direito e legitimidade aos credores sub *judice* para que possam, ao verificar a ausência do seu crédito na lista que instruiu a inicial, promover a habilitação de seu crédito ou apresentar divergência perante o administrador judicial, como nos ensina Edilson Enedino das Chagas¹³, senão vejamos:

Em primeiro lugar, o credor deverá verificar se o seu crédito está na relação de credores que acompanha a sentença de decretação da falência ou a decisão que defere o processamento da recuperação judicial. Esses atos judiciais são publicados por meio de editais próprios, nos quais o devedor deverá informar a quem ele deve, justamente para que todos os credores possam participar de eventual execução coletiva, ou serem atingidos pela recuperação judicial. Além dos nomes dos credores, o edital publicará o valor e a classificação de cada crédito. Caso o nome do credor não conste da referida relação, ou não seja publicado o exato valor do crédito que lhe é devido e da sua classificação, ele poderá habilitar seu crédito ou apresentar divergência perante o administrador judicial, inclusive quanto à categoria de crédito em que foi enquadrado. Se o nome estiver nessa primeira relação de credores, basta aguardar a segunda, conforme já mencionado.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma. REsp nº 1.447.918/SP. Julgado em 07/04/2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 abr. 2018.

¹³ CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito Empresarial Esquematisado*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 856.

Após a análise das divergências e habilitações apresentadas, o administrador judicial, ao confrontá-las com a documentação contábil, documentos e livros mercantis do devedor empresário, apresentará uma segunda relação consolidada, contra a qual poderão os credores, mesmo sub judice, apresentar impugnação no prazo de 10 (dez) dias, como prevê o artigo 8º da Lei 11.101/2005¹⁴.

Assim, vê-se que desde logo poderão os credores sub judice influenciar em todo o processo de Recuperação Judicial, posto que, caso não sejam habilitados de início, poderão por meio dos instrumentos legais supra indicados, ao buscar sua habilitação, paralisar todo o processo em eventuais recursos por meio de concessão de efeito suspensivo.

Entretanto, nos casos em que a sentença a ser proferida nos processos sub judice não detenham natureza constitutiva, não produzindo assim efeitos retroativos, e sendo proferida posteriormente ao prazo previsto para habilitação do crédito ou apresentação de divergência, constante do artigo 7º, § 1º da LFR, ou ainda, após a homologação do Quadro geral de Credores, os referidos créditos deverão ser considerados como retardatários, uma vez que sua existência se deu após o prazo legal para habilitação, conforme artigo 10, §1º¹⁵ da LFR, não tendo os credores retardatários direito a voto nas deliberações da Assembleia Geral de Credores, salvo em caso de ação de retificação do Quadro geral de Credores, conforme prevê ao artigo 10, § 6º¹⁶ da LFR.

Logo, para fins do presente trabalho, desde que não sejam credores retardatários, e aqueles excetuados pela Legislação aplicável (Lei 11.101/2005), uma vez que os demais credores sub judice, cujo crédito se constituiu antes do pedido de Recuperação Judicial ou, dentro do prazo legal do artigo 7º, § 1º da LFR, antes da homologação do Quadro Geral de Credores ou ainda, através de ação própria de

¹⁴ Art. 8º No prazo de 10 (dez) dias, contado da publicação da relação referida no art. 7o, § 2o, desta Lei, o Comitê, qualquer credor, o devedor ou seus sócios ou o Ministério Público podem apresentar ao juiz impugnação contra a relação de credores, apontando a ausência de qualquer crédito ou manifestando-se contra a legitimidade, importância ou classificação de crédito relacionado.

¹⁵ Art. 10. Não observado o prazo estipulado no art. 7o, § 1o, desta Lei, as habilitações de crédito serão recebidas como retardatárias § 1o Na recuperação judicial, os titulares de créditos retardatários, excetuados os titulares de créditos derivados da relação de trabalho, não terão direito a voto nas deliberações da assembléia-geral de credores.

¹⁶ § 6o Após a homologação do quadro-geral de credores, aqueles que não habilitaram seu crédito poderão, observado, no que couber, o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil, requerer ao juízo da falência ou da recuperação judicial a retificação do quadro-geral para inclusão do respectivo crédito.

retificação, passarão estes a ter direito de voto, como o instrumento de deliberação na Assembleia Geral de Credores, nos termos do artigo 39¹⁷.

2.2 A soberania da Assembleia de Credores e a relevância das decisões tomadas

Sabido é que, uma vez homologado o Quadro Geral de Credores, serão estes os credores a compor a Assembleia Geral de Credores, à qual incumbe, na Recuperação Judicial, deliberar sobre o plano de recuperação judicial apresentado, a constituição e composição do Comitê Geral de Credores, pedido de desistência do devedor, escolha de gestor judicial e demais matérias que possa influir no interesse dos credores, tudo conforme artigo 35, I¹⁸ da LFR.

Na Recuperação Judicial, a assembleia geral, a princípio, apenas será convocada em casos de objeção quanto ao plano de recuperação judicial apresentado, conforme ensina Edilson Enedino das Chagas¹⁹, ao dizer que “Somente na hipótese de ter sido apresentada objeção ao plano de recuperação judicial é que o juiz convocará a assembleia geral de credores.”.

¹⁷ Art. 39. Terão direito a voto na assembléia-geral as pessoas arroladas no quadro-geral de credores ou, na sua falta, na relação de credores apresentada pelo administrador judicial na forma do art. 7o, § 2o, desta Lei, ou, ainda, na falta desta, na relação apresentada pelo próprio devedor nos termos dos arts. 51, incisos III e IV do caput, 99, inciso III do caput, ou 105, inciso II do caput, desta Lei, acrescidas, em qualquer caso, das que estejam habilitadas na data da realização da assembléia ou que tenham créditos admitidos ou alterados por decisão judicial, inclusive as que tenham obtido reserva de importâncias, observado o disposto nos §§ 1o e 2o do art. 10 desta Lei. § 1o Não terão direito a voto e não serão considerados para fins de verificação do quorum de instalação e de deliberação os titulares de créditos excetuados na forma dos §§ 3o e 4o do art. 49 desta Lei. § 2o As deliberações da assembléia-geral não serão invalidadas em razão de posterior decisão judicial acerca da existência, quantificação ou classificação de créditos. § 3o No caso de posterior invalidação de deliberação da assembléia, ficam resguardados os direitos de terceiros de boa-fé, respondendo os credores que aprovarem a deliberação pelos prejuízos comprovados causados por dolo ou culpa negativamente nas deliberações, em virtude da possibilidade de negativa futura de existência de crédito, no curso da recuperação judicial, em virtude de estarem os créditos sub judice.

¹⁸ Art. 35. A assembléia-geral de credores terá por atribuições deliberar sobre: I – na recuperação judicial: aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor; a constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição; c) (VETADO) o pedido de desistência do devedor, nos termos do § 4o do art. 52 desta Lei; o nome do gestor judicial, quando do afastamento do devedor; qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores;

¹⁹ CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito Empresarial Esquematisado*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1.101.

Todavia, diante da amplitude das atribuições e poderes da assembleia, há outras hipóteses excepcionais de convocação, podendo se deliberar por exemplo, pelo afastamento do administrador judicial, como prevê o §1º do artigo 37²⁰ da LFR.

Ademais, importante mencionar que rege a Assembleia Geral de Credores o princípio da soberania de suas decisões, de modo que no processo de Recuperação Judicial, o juiz atua como meto coadjuvante, não podendo interferir nas decisões da Assembleia, mas limitando-se à homologação do que restar por ela decidido.

Todavia, ainda que não seja esse o entendimento pacificado da doutrina, na I Jornada de Direito Comercial, realizada no ano de 2012 em Brasília/DF, restaram consolidados 02 (dois) enunciados quanto ao tema, quais sejam os de nº 44, 45 e 46²¹, senão vejamos:

44. A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial de legalidade.

O magistrado pode desconsiderar o voto de credores ou a manifestação de vontade do devedor, em razão de abuso de direito.

Não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou de homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores.

Nesse sentido, o que se vê é que o entendimento majoritário da doutrina, refletido pelos enunciados supra indicados, é pela soberania das decisões da Assembleia, cabendo ao magistrado tão somente o controle de legalidade do plano, devendo ainda, para tanto se levar em consideração o intuito fundamental da LFR que é o da preservação da empresa, de forma que o próprio Superior Tribunal de Justiça, seguiu na mesma linha, ao julgar o REsp 1.359.311/SP²²:

DIREITO EMPRESARIAL. CONTROLE JUDICIAL DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Cumpridas as

²⁰ Art. 37. A assembléia será presidida pelo administrador judicial, que designará 1 (um) secretário dentre os credores presentes. § 1o Nas deliberações sobre o afastamento do administrador judicial ou em outras em que haja incompatibilidade deste, a assembléia será presidida pelo credor presente que seja titular do maior crédito.

²¹ I Jornada de Direito Comercial, [23-24 de outubro de 2012, Brasília]. -Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013, p.61.

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma. REsp nº 1.359.311/SP. Julgado em 09/09/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 22 abr. 2018.

exigências legais, o juiz deve conceder a recuperação judicial do devedor cujo plano tenha sido aprovado em assembleia (art. 58, caput, da Lei 11.101/2005), não lhe sendo dado se imiscuir no aspecto da viabilidade econômica da empresa. De fato, um vértice sobre o qual se apoia a referida lei é, realmente, a viabilidade econômica da empresa, exigindo-se expressamente que o plano de recuperação contenha demonstrativo nesse sentido (art. 53, II). No entanto, se é verdade que a intervenção judicial no quadrante mercadológico de uma empresa em crise visa tutelar interesses públicos relacionados à sua função social e à manutenção da fonte produtiva e dos postos de trabalho, não é menos certo que a recuperação judicial, com a aprovação do plano, desenvolve-se essencialmente por uma nova relação negocial estabelecida entre o devedor e os credores reunidos em assembleia. Realmente, existe previsão legal para o magistrado conceder, manu militari, a recuperação judicial contra decisão assemblear – cram down (art. 58, § 1º) –, mas não o inverso, porquanto isso geraria exatamente o fechamento da empresa, com a decretação da falência (art. 56, § 4º), solução que se posiciona exatamente na contramão do propósito declarado da lei. Ademais, o magistrado não é a pessoa mais indicada para aferir a viabilidade econômica de planos de recuperação judicial, sobretudo daqueles que já passaram pelo crivo positivo dos credores em assembleia, haja vista que as projeções de sucesso da empreitada e os diversos graus de tolerância obrigacional recíproca estabelecida entre credores e devedor não são questões propriamente jurídicas, devendo, pois, acomodar-se na seara negocial da recuperação judicial. Assim, o magistrado deve exercer o controle de legalidade do plano de recuperação – no que se insere o repúdio à fraude e ao abuso de direito –, mas não o controle de sua viabilidade econômica. Nesse sentido, na I Jornada de Direito Comercial CJP/STJ, foram aprovados os Enunciados 44 e 46, que refletem com precisão esse entendimento: 44: “A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle de legalidade”; e 46: “Não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou de homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores.

Diante disso, face à relevância das decisões tomadas pela Assembleia, em virtude dos poderes para deliberar legalmente assegurados, bem como dos seus efeitos no processo de Recuperação Judicial, ter-se-á diversas consequências, não previstas pela legislação, caso se admita a habilitação de créditos sub judice, que dará direito de voto aos credores nessa condição, posto que futuramente, e ainda no curso do processo, seu crédito pode não ser reconhecido, o que implicaria na sua exclusão do Quadro Geral de Credores.

Dessa maneira, teria que se rever os votos proferidos pelos credores excluídos, a sua relevância em termos de composição de quórum decisivo, e a necessidade de se realizar nova assembleia, composta pelos credores remanescentes.

De toda forma, também não parece razoável se cogitar a suspensão do processo recuperacional, posto que desvirtuaria a sua finalidade de soerguer a empresa mediante a renegociação dos débitos, o que exige celeridade e objetividade.

Detalhamento quanto à soberania da assembleia de credores nas deliberações e votações quanto ao plano de recuperação judicial e as consequências e insegurança jurídica dos votos proferidos por credores cujo crédito se encontra sub judice.

Para tanto, não se parece razoável a admissão de créditos sub judice na Recuperação Judicial, em virtude das consequências trazidas ao processo como um todo em caso de futuro não reconhecimento do crédito habilitado.

3 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, nota-se que a habilitação de créditos sub judice, que não tenham sido constituídos no prazo legal (a tempo do pedido de recuperação, no prazo de habilitação e divergências ou ainda, de impugnação), viola os princípios basilares da Recuperação Judicial, constantes do artigo 47²³ da LFR.

Isso porque, tendo a Recuperação Judicial a finalidade de viabilizar a superação da crise pelo devedor empresário e, ao mesmo tempo, manter a fonte produtora, os empregos, e os interesses dos credores, não se pode aqui garantir isonomia de tratamento aos credores sub judice, cuja existência efetiva do crédito esteja condicionada à prolação de sentença e ao trânsito em julgado de ação autônoma, em relação aos credores cujo crédito era existente ao tempo do pedido de recuperação formulado perante o Juízo competente pelo devedor.

Ademais, é importante mencionar que a Recuperação Judicial, ao contrário da falência, não tem por finalidade a satisfação dos créditos, nos termos do entendimento de Edilson Enedino das Chagas²⁴:

²³ 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.

²⁴ CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito Empresarial Esquemático*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1.081.

O teor do art. 47, da Lei n. 11.101/2005, dá conta da intenção legislativa de preservar a preservação da empresa. Dispõe o seu conteúdo: “A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. A recuperação judicial busca, então:

a) um objetivo: viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor; b) três estratégias de atuação: permitir a manutenção da fonte produtora, permitir a manutenção do emprego dos trabalhadores e permitir a proteção dos interesses dos credores;

c) três consequências: a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Pode-se dizer, então, que são sete os objetivos, pois todos os comandos do art. 47 estão relacionados à oportunidade que se confere ao empresário de manter-se no mercado, superando a crise econômico-financeira pela qual está passando.

Tanto é que a própria lei, criou a figura do credor extraconcursal, como sendo aquele cujo crédito se originou durante o curso da recuperação judicial em processamento, não sendo este abrangido pelo Quadro Geral de Credores, de modo que seu crédito não é novado, devendo ser pago normalmente pelo devedor empresário em recuperação.

Logo, surgindo o crédito extraconcursal, decorrente de demanda que se encontrava sub judice, tendo em vista que durante a recuperação judicial a empresa continua exercendo regularmente suas atividades, não há que se falar em habilitação desses créditos em momento posterior à homologação do Quadro Geral de Credores, posto que sua constituição se deu de forma extemporânea.

É esse o entendimento de parte da doutrina, novamente pelo celebrado Edilson Enedino das Chagas²⁵, que assim se manifesta quanto ao alcance dos créditos sub judice não constituídos ao tempo da abertura do processo de Recuperação Judicial:

²⁵ CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito Empresarial Esquematizado*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1.090. ²⁸ 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.

7) Créditos sub judice (art. 49, caput, da Lei n. 11.101/2005). Em se tratando de créditos que ainda não tenham sido definitivamente constituídos, pois dependentes de sentença na fase de conhecimento e do correspondente trânsito em julgado, razão-vel o entendimento, o qual perfilho, de que a fase de cumprimento de sentença, a iniciar-se após o pedido de recuperação judicial, deverá continuar no juízo prolator da sentença, não havendo interesse processual a justificar a habilitação do crédito no juízo recuperacional, diante das eventuais limitações impostas pelo PRJ, como, por exemplo, eventual deságio, prazo de carência, cálculos de juros apenas até a data do pedido de recuperação, entre outras.

Aos credores com créditos surgidos dessa forma, caberia a exigibilidade regular do crédito, posto que não alcançado pela Recuperação Judicial, e caso não seja cumprido pelo devedor empresário, adotar as medidas judiciais para a sua satisfação, ou ainda, pedir a decretação de falência do devedor em recuperação, habilitando-se naquela como credor extraconcursal com as preferências legais a ele atribuídas pelo artigo 67²⁸, da LFR.

De se destacar que nesse mesmo sentido tem se alinhado a jurisprudência do Egrégio tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, conforme julgado²⁶ que ora se permite colacionar:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IMPUGNAÇÃO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA EXEQUENDA. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO APÓS PEDIDO DO BENEFÍCIO LEGAL. INVIALIDADE. ARTS. 49, 59, E 67, DA LEI N. 11.101/05. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, segundo disposição expressa do art. 49, da Lei n. 11.101/05. Ademais, o plano de recuperação judicial implica em novação somente dos créditos anteriores ao pedido, devendo o devedor adimplir as obrigações contraídas durante o benefício legal, cujos créditos serão considerados extraconcursais, a teor dos arts. 59, e 67, do mencionado regramento. Em se tratando de crédito exequendo constituído por decisão condenatória judicial com trânsito em julgado posterior ao pedido de recuperação judicial formulado pelo devedor, não há que se falar em habilitação do mencionado crédito junto à comarca na qual tramita o benefício legal,

²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, 4ª Turma Cível. Acórdão 811.729. 20140020109335 AGI. Julgado em 13/08/2014. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br>. Acesso em: 23 abr. 2018.

devido, pois, o cumprimento da sentença ter seu regular prosseguimento perante a vara cível, onde tramitou a ação indenizatória por danos morais. Agravo provido.

Ainda, não se trata de entendimento isolado, que além de compartilhar de entendimento idêntico em casos análogos da 5ª Turma Cível (Acórdão 891.260), e 2ª Turma Cível (Acórdão 954.489) do mesmo Tribunal, é afeto também ao que tem entendido o Superior Tribunal de Justiça²⁷ sobre o tema, *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC) — EMBARGOS À EXECUÇÃO — CRÉDITO CONSTITUÍDO APÓS O DEFERIMENTO DO PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL — NÃO SUBMISSÃO AO PLANO — RECURSO ESPECIAL NÃO ADMITIDO NA ORIGEM — DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA DA EXECUTADA. 1. De acordo com o art. 49 da Lei n. 11.101/2005, apenas os créditos existentes na data do pedido estão sujeitos à recuperação judicial. Assim, créditos posteriores ao pleito recuperacional não se submetem aos seus efeitos. Precedentes. 2. A agravante não impugnou, de forma específica e detalhada, os fundamentos da decisão agravada, limitando-se a repetir o teor do seu apelo nobre. Incide ao caso, pois, o enunciado n. 182 da Súmula do STJ: “é inviável o agravo de art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada. 3. Agravo regimental desprovido.”

Sendo assim, pelo todo quanto delineado anteriormente, com amplo respaldo doutrinário, legal e jurisprudencial, entende-se pela inviabilidade e consequente impossibilidade da habilitação de créditos sub judice cuja constituição se dê fora do momento legal previsto para tanto, nos autos da Recuperação Judicial, de modo que tais créditos, quando constituídos, não deverão compor o Plano de Recuperação Judicial, sujeitando-se ao adimplemento regular, em virtude de não ser alcançado pela novação do plano eventualmente aprovado, posto que inexistentes quando da homologação do Quadro Geral de Credores, e ainda, devido ao inúmero tumulto processual que se poderia gerar em caso de habilitação sucedida pelo não reconhecimento do crédito na ação de conhecimento.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma. AgRg no AREsp 468.895/MG. Disponibilizado em 14/11/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 23 abr. 2018.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 02 abr. 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. Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20042006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 08 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma. AgRg no AREsp 468.895/MG. Disponibilizado em 14/11/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 23 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma. REsp nº 1.359.311/SP. Julgado em 09/09/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 22 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma. REsp nº 1.447.918/SP. Julgado em 07/04/2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 abr. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, 4ª Turma Cível. Acórdão 811.729. 20140020109335 AGI. Julgado em 13/08/2014. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br>. Acesso em: 23 abr. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 16.

CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito Empresarial Esquematizado*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas*. 8.ed. São Paulo: Saraiva.

LUCCA, Nilton de; SOUZA, Marcos Andreys; SIMÃO FILHO, Adalberto. (Coord.). *Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Das modalidades de Obrigações*, São Paulo, 1959.

SANTOS, J M de Carvalho. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. vol. XIII. Rio de Janeiro: Borsoi.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONTROLE DE LEGALIDADE NA ASSÉMBLEIA GERAL DE CREDORES EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

CONSIDERATIONS ABOUT THE LEGALITY CONTROL IN THE GENERAL ASSEMBLY OF CREDITORS IN JUDICIAL RECOVERY

Victor Lira Kopp¹

RESUMO

O presente artigo trata acerca do controle de legalidade feito pelo juiz nas deliberações da Assembleia-Geral de Credores, em processo de Recuperação Judicial e busca expor os pontos mais importantes inerentes ao tema, tais como a soberania das decisões da assembleia e a autonomia desta, dos fundamentos desse tipo de controle judicial, entre outros de maior relevância para compreensão do assunto.

Palavras-chave: Recuperação Judicial. Assembleia-Geral de Credores. Soberania.

ABSTRACT

This article deals with the legality control made by the judge in the deliberations of the General Meeting of Creditors, in the process of Judicial Recovery and seeks to expose the most important points inherent to the subject, such as the sovereignty of the decisions of the assembly and the autonomy of the latter, of the fundamentals of this type of judicial control, among others of greater relevance for understanding the subject.

Keywords: Judicial recovery. General Meeting of Creditors. Sovereignty.

¹ Pós-graduando em Direito Empresarial e Contratos pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Distrito Federal – UDF. Advogado (Qd. 01, Condomínio Villa do Sol II, Bloco G, Apto. 204, Bairro Valparaíso I – Etapa A, Valparaíso de Goiás/GO, Brasil, CEP 72.876-001, victor.kopp.adv@gmail.com).

1 INTRODUÇÃO

Para solucionar os problemas decorrentes da crise econômico-financeira vivida por uma empresa, a lei de falências e recuperação judicial e extrajudicial (LRE), nº 11.101/2005 trouxe formas mais aperfeiçoadas de recuperar sua estabilidade econômica para que a empresa se preserve no mercado e mantenha sua produção normalmente, seus trabalhadores e suas relações comerciais.

Podemos destacar o oferecimento de maior autonomia da vontade dos credores e poder da Assembleia-Geral de Credores como uma das grandes melhorias da referida lei. Durante a vigência do Decreto-Lei nº 7.661/1945, a recuperação judicial que antes era denominada de concordata era concedida de acordo com a vontade da lei e do judiciário, não havendo uma participação incisiva dos credores para deliberação da proposta do devedor, como é feito atualmente.

Desse modo, por intermédio da Lei nº 11.101/2005, a participação dos credores em assembleia e a soberania de suas decisões ganharam força no ordenamento jurídico pátrio. No entanto, há divergências no que tange à intervenção do juiz no controle de legalidade das deliberações da assembleia-geral de credores, em sede de recuperação judicial. O art. 58 da lei em comento prevê que o juiz, após verificar as exigências legais, concederá a recuperação judicial do devedor, ou homologará o plano de recuperação extrajudicial. Assim, a decisão da assembleia passa nas mãos do juiz para que este conceda a recuperação judicial.

A Assembleia-Geral de Credores é um dos órgãos da falência e da recuperação judicial, composto pelos credores que estejam com seus créditos habilitados em um daqueles processos e também incluídos no quadro-geral de credores. Trata-se de órgão deliberativo responsável por decidir os interesses dos credores nos processos de recuperação judicial e de falência.

As disposições jurídicas desse órgão estão disciplinadas na Seção IV da Lei nº 11.101/2005, a partir do artigo 35 e seguintes. De acordo com a referida lei, no inciso I do citado dispositivo, são atribuições da Assembleia-Geral de Credores, na recuperação judicial: 1) aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor; 2) a constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição; 3) o pedido de desistência do devedor, nos termos do § 4º do art. 52 desta Lei; 4) o nome do gestor judicial, quando do

afastamento do devedor; e 5) qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores;²

Ressalta-se que sua função principal no processo de recuperação judicial é aprovar, modificar ou rejeitar o plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor, que contém a proposta deste para adimplir suas obrigações para com os credores, e de forma a resolver a crise econômico-financeira da empresa. Uma vez aprovado o plano, caberá ao juiz realizar controle de legalidade sob suas cláusulas, objetivando averiguar se há inconsistências contrárias à lei, mesmo que as deliberações da assembleia sejam soberanas e autônomas.

Reside então a controvérsia de se atestar a legalidade das disposições do plano por parte do juiz, quando envolver por exemplo bens do devedor que estejam gravados com garantias reais e também a viabilidade econômico-financeira discutida no plano de recuperação judicial, votado pela assembleia-geral de credores, em contrassenso à soberania das decisões da assembleia. É exatamente sobre este assunto que o presente artigo tem por objetivo analisar o referido controle de legalidade, mesmo que a assembleia-geral seja soberana em suas decisões.

2 O CONTROLE DE LEGALIDADE E A SOBERANIA NAS DELIBERAÇÕES DA ASSEMBLEIA-GERAL DE CREDITORES

Conforme leciona Edilson Enedino das Chagas, *in verbis*:

Apesar da autonomia e soberania das deliberações da assembleia de credores, ao juiz da causa caberá o controle de legalidade das cláusulas do plano, podendo, se o caso, homologar o PRJ com ressalvas, exatamente para afastar cláusulas contrárias a normas legais cogentes.³

Após a deliberação do plano, se aprovado, e após a apresentação de certidões negativas de débitos tributários pelo devedor, o juiz intervirá para conferência das formalidades legais, tais como convocação dos credores à assembleia por exemplo, a instalação destes e até mesmo as decisões deliberadas, bem como verificar os

² BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. **Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 24 abr. 2018.

³ CHAGAS, Edilson Enedino das. **Direito empresarial esquematizado**. 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 1128.

aspectos inerentes à legalidade substancial, como por exemplo, averiguar se houve fraude contra credores ou se ocorreu abuso de direito.

De acordo com o art. 58 da LRE, cumpridas as exigências desta, o magistrado concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 dessa lei ou tenha sido aprovado pela assembleia-geral de credores na forma do art. 45 do mesmo diploma legal⁴.

O controle de legalidade pelo juiz nas deliberações da assembleia-geral de credores foi tema julgado no REsp 1314209/SP, de Relatoria da Ministra Nancy Andrichi, o que abriu precedente para os demais julgados. Para a ministra, a assembleia-geral de credores é soberana em suas decisões quanto aos planos de recuperação judicial, entretanto, as deliberações do plano estão sujeitas aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, requisitos esses que estão sujeitos a controle judicial. Confira-se ementa do referido julgado, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. APROVAÇÃO DE PLANO PELA ASSEMBLEIA DE CREDORES. INGERÊNCIA JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. CONTROLE DE LEGALIDADE DAS DISPOSIÇÕES DO PLANO. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. A assembleia de credores é soberana em suas decisões quanto aos planos de recuperação judicial. Contudo, as deliberações desse plano estão sujeitas aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, requisitos esses que estão sujeitos a controle judicial. Recurso especial conhecido e não provido. (REsp 1.314.209/SP, Recurso Especial 2012/0053130-7, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJE 01/06/2012).

Entretanto, não pode o juiz entrar no mérito da viabilidade econômica do plano de recuperação judicial. Isto é, os credores têm autonomia para decidirem tais aspectos, com base no princípio da autonomia da vontade das partes. Quando há proposta de descontos e redução de juros, por exemplo, os credores podem perfeitamente aceitá-la desde que não haja vícios na proposta.

Dessa forma, o controle deve estar adstrito tão somente à legalidade das deliberações da assembleia-geral de credores. Assim, deve-se trazer à baila um dos mais importantes julgados do STJ sobre o tema, *in verbis*:

⁴ BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. **Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 24 abr. 2018.

DIREITO EMPRESARIAL. PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. APROVAÇÃO EM ASSEMBLEIA. CONTROLE DE LEGALIDADE. VIABILIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA. CONTROLE JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. Cumpridas as exigências legais, o juiz deve conceder a recuperação judicial do devedor cujo plano tenha sido aprovado em assembleia (art. 58, caput, da Lei n. 11.101/2005), não lhe sendo dado se imiscuir no aspecto da viabilidade econômica da empresa, uma vez que tal questão é de exclusiva apreciação assemblear. O magistrado deve exercer o controle de legalidade do plano de recuperação - no que se insere o repúdio à fraude e ao abuso de direito -, mas não o controle de sua viabilidade econômica. Nesse sentido, Enunciados n. 44 e 46 da I Jornada de Direito Comercial CJF/STJ. Recurso especial não provido. (REsp 1.359.311/SP, Recurso Especial 2012/0046844-8, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 30/09/2014).

Veja que o STJ decidiu o feito afirmando que não cabe ao juiz analisar os aspectos da viabilidade econômica da empresa, tendo em vista tratar de exclusiva apreciação assemblear, e ainda definiu que o magistrado deve exercer o controle de legalidade tão somente no que se refere à fraude contra a lei e ao abuso de direito, afastando a possibilidade de intervir no conteúdo econômico financeiro.

Sobre estes aspectos, é de fundamental importância destacar os Enunciados n.ºs 44 e 46 da 1ª Jornada de Direito Comercial/CJF/STJ, que balizaram o entendimento formado sobre essa corrente, reconhecida pelo STJ, *in verbis*:

44. A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle de legalidade.

[...]

46. “Não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou de homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores.”⁵

Assim, de acordo com esses enunciados, o juiz pode exercer o controle de legalidade mas não deve analisar a viabilidade econômica da proposta para conceder ou não a recuperação judicial, pois isto é decisão soberana dos credores reunidos em

⁵ JORNADA de Direito Comercial. **I Jornada de Direito Comercial**, [23-24 de outubro de 2012, Brasília]. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013. p. 55.

assembleia, os quais possuem autonomia concedida pela lei para deliberação do plano.

O Ministro Luis Felipe Salomão, Relator do REsp 1.359.311-SP, supracitado, encerrou seu voto da seguinte forma, *in verbis*:

[...] o magistrado não é a pessoa mais indicada para aferir a viabilidade econômica de planos de recuperação judicial, sobretudo daqueles que já passaram pelo crivo positivo dos credores em assembleia, haja vista que as projeções de sucesso da empreitada e os diversos graus de tolerância obrigacional recíproca estabelecida entre credores e devedor não são questões propriamente jurídicas, devendo, pois, acomodar-se na seara negocial da recuperação judicial⁶.

Por outro lado, existe corrente contrária que defende maior intervenção do judiciário nas cláusulas do plano de recuperação judicial, referente à legalidade formal e material, com base no princípio da segurança jurídica e no princípio da preservação da empresa. Para esta corrente, o magistrado poderia rejeitar o plano de recuperação judicial aprovado pela assembleia, se entender que não há viabilidade econômica de se prosseguir com o acordo. Não é, por sinal, a corrente majoritária, pois permitir que o juiz intervenha na decisão soberana dos termos econômicos acordados pelos credores reunidos em assembleia seria o mesmo que afirmar que o juiz pode rever e modificar as decisões dos jurados, no Tribunal do Júri, em processo penal.

A Assembleia-Geral de Credores, portanto, é soberana em suas decisões e tem autonomia garantida pela lei, não por acaso é o órgão mais importante do processo de recuperação judicial, pois é por meio dela que os interesses dos credores serão discutidos, que a proposta da empresa devedora será analisada de acordo com o interesse dos credores.

De acordo com Fábio Ulhoa Coelho, *in verbis*: “[...] em atenção aos interesses dos credores [...], a lei lhes reserva, quando reunidos em assembleia, as mais importantes deliberações relacionadas ao reerguimento da atividade econômica em crise.” O mesmo autor afirma que, *in verbis*: as “mais relevantes questões

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.359.311/SP**, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Data de julgamento: 09/09/2014, Publicado no DJe em 30/09/2014. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=38569718&num_registro=201200468448&data=20140930&tip_o=91&formato=PDF>. Acesso em: 24 abr. 2018.

relacionadas ao processo de recuperação judicial inserem-se na esfera de competência da Assembleia dos Credores. Simplesmente não tramita a recuperação judicial sem a atuação desse colegiado.⁷”

Nesse sentido, resta evidente a notável importância da assembleia-geral de credores e, por conseguinte, suas decisões, que são soberanas, e sua relativização por parte do judiciário somente deve ocorrer nos casos em que se vislumbre ilegalidade nos procedimentos, de fraude constatada ou qualquer abuso de direito ocorrido na assembleia.

O que se sustenta neste artigo não é a arbitrariedade dos credores em decidirem sem que se observe a lei e que não deve haver o controle de legalidade, pelo contrário, defende-se o controle judicial mas sem que este venha a modificar qualquer conteúdo econômico-financeiro do plano, de modo que se restrinja tão somente aos aspectos legais do processo, sem que intervenha na decisão de mérito dos credores que é soberana, sobretudo, como tem entendido o STJ.

Vale lembrar outro aspecto importante que teve repercussão judiciário no tocante ao conteúdo econômico-financeiro do plano de recuperação judicial, o qual não poderia o juiz, em tese, intervir, que é a constatação de cláusula no plano de não incidência da correção monetária e de juros, pois estes referem-se ao conteúdo em questão.

O STJ pacificou o tema por meio da Súmula nº 08, segundo a qual “aplica-se a correção monetária aos créditos habilitados em concordata preventiva, salvo durante o período compreendido entre as datas de vigência da lei 7.274, de 10-12-84, e do decreto-lei 2.283, de 27-02-86.”

Até porque, caso não se incidisse a correção monetária e juros no acordo deliberado na assembleia de credores, haveria afronta direta ao art. 1º da Lei nº 6.899/1981, que estabelece a incidência da correção monetária em qualquer débito resultante de decisão judicial.

Dessa forma, embora de fato trata-se de conteúdo de econômico-financeiro do plano de recuperação judicial, a correção monetária e os juros prevalecem por expressa previsão legal e também em razão do posicionamento firmado pelo STJ na

⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 3: direito de empresa**. 15. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 407-408.

referida súmula. Assim, afirma-se que é, de fato, uma situação excepcional quanto à possibilidade do juiz em intervir em decisão assemblar caso houvesse cláusula determinando a não incidência da correção monetária e dos juros.

Outro ponto de notável relevância para o tema do artigo em estudo é a previsão de supressão das garantias fidejussórias e reais no plano de recuperação judicial aprovado pela assembleia-geral de credores. A esse respeito, em julgamento mais recente, o STJ decidiu da seguinte forma, conforme ementa a seguir, no REsp 1532943/MT, *in verbis*:

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 CONSEQUENTE, DA DEVEDORA E DE TODOS OS CREDORES, INDISTINTAMENTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

Afigura-se absolutamente possível que o Poder Judiciário, sem imiscuirse 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.

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 resolutive, 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).

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 assembleia geral, seja para a aprovação do plano de recuperação judicial, a lei de regência estabelece, nos arts. 37 e 45, o respectivo quorum mínimo.

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.

Recurso especial provido. (REsp 1.532.943/MT, Recurso Especial 2015/0116344-4, 3ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 10/10/2016).

Nesse sentido, acontece que o art. 49 da lei em comento preconiza em seu § 1º que os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso. Sendo assim, a princípio, de acordo com a literalidade da citada norma, as garantias são preservadas

de modo que os titulares destas possam manter as ações e execuções contra os terceiros garantidores das obrigações (coobrigados, fiadores ou avalistas).

Assim, as garantias em tese não poderiam ser retiradas de acordo com a interpretação da citada norma, todavia, especificamente quanto às garantias reais, há previsão disposta no § 1º do art. 50 da lei de regência, estabelecendo que, na alienação que envolva esta espécie de garantia, a supressão desta ou sua substituição somente serão admitidas se houver aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia. Logo, abre-se margem para dispor de tais garantias reais, desde que haja consentimento do credor titular.

Além disso, o § 2º do art. 49 ainda dispõe da seguinte forma, *in verbis*:

Art. 49. [...] § 2o As obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial⁸.

Desse modo, obrigações relativas a período anterior ao processo de recuperação judicial, devem observar as condições originais pactuadas ou dispostas em lei, a menos que a assembleia-geral de credores decida de outro modo que não à conservação de tais condições. Ocorre que, *data máxima vênia*, na decisão do REsp supracitado, no item 2.2, restou dúvidas quanto à interpretação do julgado quando afirma que serão conservadas, em princípio, as condições originariamente contratadas, no que se insere as garantias ajustadas, e que a Lei nº 11.101/2005 prevê, expressamente, a possibilidade de o plano de recuperação judicial, sobre elas, dispor de modo diverso.

O artigo em referência de fato prevê que as obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei e que podem ser mitigadas no plano de recuperação judicial, entretanto, isto não se confunde com as garantias de que trata o § 1º do mesmo dispositivo legal. Estas serão conservadas, podendo haver relativização quanto às garantias reais, isto está superado. Mas o plano de recuperação judicial não pode dispor das obrigações e

⁸ BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. **Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 24 abr. 2018.

de toda e qualquer garantia, qualquer privilégio, qualquer direito, de acordo com o que se depreende do item 2.2. do referido julgado.

Isto porque, após serem novadas as obrigações dos credores depois da aprovação do plano de recuperação judicial em assembleia-geral, as garantias continuam mantidas, são conservadas, de acordo com o art. 49, § 1º. Logo, não se pode dispor destas a menos, conforme visto, que seja referente às garantias reais, como assim permite a lei em comento, no § 1º do art. 50. Isto é, mesmo que as decisões da assembleia-geral de credores sejam soberanas, não podem dispor de todas as garantias. Uma cláusula que disponha dessa forma estaria eivada de vício legal, e nestes casos e outros que infringir outras normas, deve haver o controle judicial de legalidade.

Nesse sentido, Edilson Enedino das Chagas nos lembra bem que, *in verbis*:

É exemplo de cláusula flagrantemente ilegal o conteúdo do acordo que estabelece a liberação das garantias oferecidas pelos coobrigados dos créditos novados ou impeça contra eles a continuação de ações e execuções, pois tal cláusula contrasta com a literalidade do § 1º do art. 49, da Lei n. 11.101/2005, [...]º

Este entendimento se reafirmou, inclusive, no REsp 1333349/SP, em sede de recurso repetitivo e posteriormente na edição da Súmula nº 581 do STJ. Veja-se o enunciado da referida súmula, *in verbis*: “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.”

3 CONCLUSÃO

A Assembleia-Geral de Credores possui autonomia consagrada pela nº 11.101/2005 e suas decisões são revestidas de soberania, eis que envolvem os interesses dos credores reunidos para discutirem e aprovarem ou não a proposta da empresa devedora, no plano de recuperação judicial.

⁹ CHAGAS, Edilson Enedino das. **Direito empresarial esquematizado**. 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 1128.

O controle de legalidade feito pelo juiz após deliberação e aprovação do plano de recuperação judicial, é legítimo, conforme doutrina e jurisprudência, e fundamenta-se nos princípios da segurança jurídica e da preservação da empresa, contudo, deve se restringir quanto ao mérito negocial do plano, tendo em vista que deve haver limites quanto aos aspectos econômico-financeiros, dos quais, não pode o magistrado adentrar na viabilidade econômica da proposta deliberada pela assembleia-geral de credores.

Assim, esse controle deve estar adstrito tão somente à legalidade das deliberações da assembleia-geral de credores, para afastar qualquer disposição contrária à lei. Conforme visto neste artigo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, num primeiro momento, afirmava a necessidade de se haver o controle de legalidade nas deliberações da assembleia de credores, e num segundo momento, posicionou-se no sentido de que não cabe ao juiz analisar os aspectos da viabilidade econômica da empresa, considerando tratar de exclusiva apreciação da assembleia-geral de credores.

A lei assegura aos credores que seus direitos e privilégios contra terceiros garantidores das obrigações, tais como os fiadores, avalistas e coobrigados em geral, sejam conservados de forma que possam manter ações e execuções contra estes. Nesse sentido, as garantias dos credores não podem ser retiradas, apesar de as decisões da assembleia-geral de credores serem soberanas, uma vez que violaria a própria lei de regência.

Porém, no tocante às garantias reais, estas podem ser suprimidas ou substituídas de acordo com a lei em comento, caso haja aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia, razão pela qual, há uma certa mitigação quanto à conservação dos direitos e privilégios dos credores. Também há possibilidade de se estabelecer de modo diverso no plano de recuperação judicial as obrigações anteriores à recuperação judicial que observem as condições originalmente contratadas ou definidas em lei. Contudo, isto não se confunde com as garantias, as quais, são preservadas.

Em regra, e conforme pacificado na jurisprudência do STJ, não há óbices quanto ao prosseguimento das ações e execuções ajuizadas pelos credores contra terceiros garantidores das obrigações. Por isso, vale lembrar que, embora a

assembleia-geral de credores tenha autonomia para decidir seus interesses, não pode ela dispor de todos os direitos e privilégios, pois conforme visto, a própria lei somente abre margem para suprimir ou substituir a garantia real do credor, se por ele houver anuência.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>.

Acesso em: 24 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.314.209/SP*. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 22 de maio de 2012. DJe em 01/06/2012. Disponível em

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1314209&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.359.311/SP*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 09 de setembro de 2014. Disponível em

<<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3856>

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3856&num_registro=201200468448&data=20140930&tipo=91&formato=PDF>.

Acesso em: 24 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.532.943/MT*. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 13 de setembro de 2016. Disponível em

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1532943&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

CHAGAS, Edilson Eneidino das. *Direito empresarial esquematizado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3.

JORNADA de Direito Comercial. *I Jornada de Direito Comercial*, [23-24 de outubro de 2012, Brasília]. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013.

**DA NECESSÁRIA AUTORIZAÇÃO PREVIA DO CADE PARA
CONSUMAÇÃO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO APROVADOS EM
PROCESSOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL: COMPATIBILIZAÇÃO DAS
NORMAS DE DIREITO CONCORRENCIAL E RECUPERACIONAL EM PROL
DO INTERESSE SOCIAL**

*THE NEEDED AUTHORIZATION OF CADE FOR THE CONSUMPTION OF
CONCENTRATION ACTS APPROVED IN JUDICIAL RECOVERY
PROCESSES: COMPATIBILITY OF THE RULES OF COMPETITION AND
RECOVERY LAW IN THE INTEREST OF SOCIETY*

Marcus Vinicius Silveira de Sá¹

RESUMO

O presente trabalho visa analisar e verificar a compatibilização das normas de direito falimentar previstas na Lei nº 11.101/05 com as normas concorrenciais contidas na Lei nº 12.529/11, sobretudo a necessidade de autorização prévia pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica para consumação de atos de concentração decorrentes da aprovação do plano de recuperação judicial de sociedades empresárias.

Palavras-chave: Direito concorrencial. Recuperação judicial. Consumação de atos de concentração.

ABSTRACT

The present work aims to analyze and verify the compatibility between Brazil's bankruptcy law and competition law, especially the necessity of prior approval of the operation by its antitrust authority for the consummation of concentration acts based on the legal plan for reorganization of insolvent corporations.

Keywords: Competition and antitrust law. Legal reorganization of insolvent corporations. Concentration acts' consummation.

1 INTRODUÇÃO

Tem-se por inegável o fato de as sociedades comerciais² terem conquistado importância ímpar no cenário econômico mundial. Ao longo da história, questões de

¹ Pós-graduando em Direito Empresarial e Contratos pelo UniCEUB. Assistente Técnico na Coordenação-Geral de Análise Antitruste 3 da Superintendência Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Endereço eletrônico: <marcus.silveira@cade.gov.br>.

² Conforme lecionado por Ferraz e Silveira de Sá, “cumprir referir que a atividade comercial sempre passou por um processo de evolução, e que gerou uma adaptabilidade do direito às necessidades do

ordem econômica e prática propulsionam a combinação de esforços e/ou recursos para o exercício de atividades econômicas, de modo que “as sociedades representam [...] uma das mais importantes instituições jurídicas para o exercício das atividades econômicas, especialmente no mercado global”³.

Não obstante a existência de enormes disparidades entre os diversos ordenamentos jurídicos nacionais atualmente existentes, diz-se que as sociedades seriam “um elemento unitário básico no mundo moderno”⁴, em razão da constatação prática de que a ideia geral de sociedade⁵ está presente nos mais diversos ordenamentos. Dessa realidade, nem mesmo o Direito Islâmico⁶ ou o Direito Asiático, tidos como os mais dispares e culturalmente distantes com relação aos demais, escapam.

Um dos fatores que certamente influenciam para a tamanha importância detida pelas sociedades comerciais consiste exatamente na “organización de capital y trabajo destinada a la producción o a la mediación de bienes o de servicios para el mercado”^{7,8} por elas promovidas. Ou seja, na própria noção de “empresa”⁹ como atividade socialmente relevante.

mercado. Assim, na origem a atividade mercantil sempre se organizou por intermédio da atuação do empresário individual, correspondendo a esta atividade o direito do comerciante individual. Com o incremento das relações mercantis no mercado, a atividade passou a ser desenvolvida pelos empresários coletivos, ou seja, pelas sociedades empresárias. Nesta fase surge o direito societário. Finalmente, as sociedades empresárias se organizam, cada dia com maior frequência, em grupos econômicos, passando o direito a regular a atuação destes potentes empresariais”. Neste sentido, veja-se: FERRAZ, Daniel Amin. A concentração empresarial no contexto da economia internacional. In: FERRAZ, Daniel Amin. *Direito empresarial: marco jurídico da internacionalização das empresas brasileiras*, Curitiba: CRV, 2012. p. 9 e ss.

³ GOLDMAN, Berthold. *Frontiers du droit et lex mercatoria* apud TOMAZETTE, Marlon. *Direito societário e globalização: rediscussão da lógica público-privada do Direito Societário diante das exigências de um mercado global*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 118

⁴ Nesse sentido: MICKELTHWAIT, John; WOOLDRIDGE, Adrian. *The company: a short history of a revolutionary idea*. New York: A Modern Library, 2005; TOMAZETTE, Marlon. *Direito societário e globalização: rediscussão da lógica público-privada do Direito Societário diante das exigências de um mercado global*. São Paulo: Atlas, 2014.

⁵ A ideia geral poderia ser definida como uma “estrutura social composta pela reunião de indivíduos voltada para a satisfação de necessidades econômicas e desejos de determinada comunidade/do mercado”. Neste sentido, veja-se: TOMAZETTE, Marlon. *Direito societário e globalização: rediscussão da lógica público-privada do Direito Societário diante das exigências de um mercado global*. São Paulo: Atlas, 2014.

⁶ Para uma análise mais aprofundada do tema, veja-se: MUGHAL, Munir Ahmad. *Islamic concept of partnership*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1976624>>. Acesso em: 22 maio 2016.

⁷ PONT, Manuel Broseta. *Manual de derecho mercantil*. 10. ed. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1994.p.101.

⁸ Tradução livre: “organização do capital e trabalho destinada a produção ou mediação de bens e serviços para o mercado”.

⁹ Dentre as várias correntes doutrinárias que discutem a noção jurídica da empresa, duas merecem especial destaque para o presente trabalho. Uma primeira, defendida pelo jurista espanhol Manuel

Tal atividade concentra uma vasta gama de interesses públicos e privados, por vezes contrapostos, por vezes sobrepostos. Segundo Lorenzo Mossa, jurista italiano:

L'organizzazione di un'impresa, anche se personale, interessa la comunità che deve entrare con essa in contatto. Questa comunità è in uno stato di affidamento verso l'impresa organizzata per i bisogni collettivi; l'impresa opera per la generalità e le sue manifestazioni giuridiche sono in gran parte destinate alla generalità^{10,11}

Ilustrando-se as afirmações acima, verifica-se que sobre uma única empresa recaem, entre outros, os seguintes interesses: (i) do próprio empresário, em angariar lucro; (ii) dos trabalhadores, em fornecer sua mão de obra em troca de remuneração; (iii) do fisco, em angariar receitas através da tributação; (iv) dos consumidores, em adquirir produtos e serviços.

Por tal razão, há quem defenda que existiria uma verdadeira “função social da empresa”, derivada de seu relevante papel social e econômico, que justificaria a existência de uma proteção especial que garantisse a continuidade do atendimento ao interesse da coletividade.

Note-se, contudo, que o alvo de proteção especial não é o empresário, condutor da empresa, mas sim a atividade empresarial em si. Nesse sentido, leciona Paula A. Forgioni,

o direito mercantil não é concebido para socorrer o agente individualmente considerado, mas o funcionamento do mercado; o interesse da empresa é protegido na medida que implica o bem do tráfico mercantil¹².

Broseta Pont, para o qual o conceito jurídico de empresa coincide com o seu conceito econômico e outra defendida pelo italiano Alberto Asquini que define a empresa como sendo um fenômeno poliédrico que não possui apenas um aspecto jurídico, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que a integram. Para mais informações, vide: PONT, Manuel Broseta. *Manual de derecho mercantil*. 10. ed. Madrid: Editorial Tecnos S.A, 1994; e ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, ano 35, n. 104, Nova Série, out./ dez. 1996.

¹⁰ MOSSA, Lorenzo. *L'impresa nell'ordine corporativo*. Firenze: Sansoni, 1935, p. 23.

¹¹ Forgioni, na página 73 de seu livro “a evolução do Direito Comercial Brasileiro” apresenta a seguinte tradução para tal passagem de Mossa: “a organização de uma empresa, ainda que particular, interessa à comunidade que com ela deve entrar em contato. Essa comunidade sujeita-se à empresa organizada para as necessidades coletivas; a empresa opera para a generalidade, e suas manifestações jurídicas são em grande parte destinadas à coletividade”. FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 73.

¹² FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 15.

Em que pese a utilização do termo “direito mercantil”, tal lição é, certamente, aplicável para diversos outros “ramos” do direito. A título de exemplo, tem-se que tanto o direito recuperacional/falimentar quanto o direito concorrencial não estão preocupados em proteger o empresário em si, mas sim a atividade econômica por ele exercida, no caso do primeiro, ou a concorrência no mercado, no caso do segundo.

Assim sendo, com a evolução do direito falimentar¹³, foi criada a figura da recuperação judicial, cujo intuito, segundo o art. 47 da Lei nº 11.101/2005¹⁴ (Lei de Falências e Recuperação Judicial – LFRE), consiste em

[...] 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.

Dentre as diversas modalidades/meios de recuperação judicial, o art. 50 da mesma Lei aponta, inter alia, ser cabível a “cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações” (inciso II), a “alteração do controle societário” (inciso III) e a “venda parcial dos bens” (inciso XI).

Analisando-se sistematicamente o ordenamento jurídico pátrio, verifica-se que o legislador previu a possibilidade da realização de “atos de concentração”, nos termos do art. 90 da Lei nº 12.529/11¹⁵, como medida capaz de auxiliar na superação da crise econômica visando garantir a preservação da empresa. Veja-se:

¹³ Segundo Edilson Enedido das Chagas, poder-se-ia dividir a evolução histórica do direito falimentar em três períodos distintos, de acordo com o tratamento dispensado ao estado de insolvência do comerciante. Em um primeiro período, buscava-se punir o agente econômico em estado de insolvência, sendo o insolvente tido como um criminoso e a insolvência/falência um delito. Posteriormente, havendo se constatado que a morte, prisão ou banimento do falido não trazia qualquer benefício aos seus credores, pois eliminavam a única e última possibilidade de recuperação do crédito, o legislador, preponderantemente, passou a buscar a proteção dos credores e a restituição dos valores que lhes eram devidos. O terceiro e último período, instaurado no Brasil com o advento da Lei nº 11.101/05, visa preservar a própria empresa em estado de crise econômico-financeira, pois reconhece-se seu papel indispensável no sistema econômico capitalista. Para maiores informações, *vide*: CHAGAS, Edilson Enedido das. *Direito empresarial esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

¹⁴ BRASIL. *Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 20 mar. 2018.

¹⁵ BRASIL. *Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 20 mar. 2018; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de

Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;

III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou

IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.

Ocorre que, nos termos do art. 88 da Lei supramencionada, cumulada com a Portaria Interministerial nº 994 de 30 de maio de 2012¹⁶, deverão ser submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), os atos de concentração em que, cumulativamente, pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) e um outro o equivalente ou superior a R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais).

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.529/11, a apreciação de atos de concentração deixou de ser feita *a posteriori* e passou a exigir-se autorização prévia do CADE para a sua consumação, sob pena de multa pecuniária e abertura de processo administrativo. Desta forma, ainda que aprovado um plano de recuperação judicial que contenha a realização de um ato de concentração, as partes envolvidas necessitam de autorização prévia para executá-lo, ainda que determinado seu cumprimento pelo judiciário.

Há quem defenda inexistir a obrigatoriedade de se efetuar tal notificação prévia ao CADE em busca de sua aprovação nessas situações excepcionais por

junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 20 mar. 2018.

¹⁶ BRASIL. *Portaria Interministerial nº 994* de 30 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/portarias/portaria-994.pdf/view>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

diversos fatores, tais como: (i) a existência de eventual determinação judicial para cumprimento do plano de recuperação; (ii) incompatibilidade da necessária celeridade concedida ao processo recuperacional com os trâmites do processo administrativo, pois dever-se-ia observar o princípio da preservação da empresa e levar em consideração os interesses coletivos envolvidos; e (iii) que a competência do juízo recuperacional¹⁷ incidente sobre bens, interesses e negócios inseridos no plano de recuperação supriria a autorização do CADE.

Nesse sentido, Marlon Tomazette sustenta:

a excepcionalidade da situação do devedor em recuperação judicial, os princípios que regem tal processo e o respaldo judicial nos levam à conclusão de que os atos de concentração praticados não precisam ser submetidos ao crivo do CADE. A possibilidade de análise judicial das decisões do CADE corrobora a desnecessidade de submissão a ele. Obviamente, em razão disso, deve-se reconhecer que o juiz deverá avaliar o ato, também à luz da defesa da concorrência, evitando violações injustificáveis a esse princípio. Eventualmente, o CADE pode até ser ouvido para que a decisão do juiz seja mais fundamentada, mas, de qualquer modo, a última palavra será dada pelo juiz¹⁸

Em se tratando de uma Lei relativamente nova, que entrou em vigor apenas em 2012, e reestruturou todo o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), e sendo o CADE um tribunal administrativo ainda não muito conhecido pelos operadores do Direito, a academia permanece carente de material científico sobre tais questões. Ademais, tal situação (notificação de operações aprovadas em processo de recuperação judicial), apesar de não muito costumeira, justifica a elaboração do presente artigo em razão do grande impacto que podem causar para a economia brasileira.

O presente trabalho busca, portanto, investigar a obrigatoriedade, ou não, da aprovação prévia do CADE para a consumação de atos de concentração decorrentes de processos de recuperação judicial.

¹⁷ Apesar de incomum, ao longo do presente trabalho, utilizar-se-á a denominação “juízo recuperacional” ao invés de “juízo falimentar” para se referir ao juízo da recuperação judicial com o intuito de diferenciar aquele primeiro deste último.

¹⁸ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 3. p. 196.

Para alcançar tais objetivos, o estudo em voga utilizará o método do levantamento bibliográfico, aprofundando-se as pesquisas no meio acadêmico por meio de artigos científicos, monografias, dissertações e teses publicadas nos diversos sítios eletrônicos das universidades brasileiras, europeias e americanas, bem como em outros sites e revistas especializadas. Será analisado, também, a jurisprudência nacional dos diversos tribunais pátrios, inclusive superiores, sobre o tema, além da jurisprudência do próprio Conselho Administrativo de Defesa Econômica envolvendo sociedades em recuperação judicial.

Desta forma, apresentar-se-á, inicialmente, o instituto da recuperação judicial tal como previsto na Lei nº 11.101/05, especificando brevemente seus objetivos, interesses envolvidos, princípios norteadores, abrangência normativa e certas questões relativas ao plano de recuperação especialmente relevantes para o presente estudo, tais como seu papel fundamental no processo recuperacional.

Em seguida, analisar-se-á as normas do SBDC específicas sobre o controle prévio de atos de concentração e as consequências de sua inobservância, bem como os objetivos e princípios que embasam o atual sistema de proteção à concorrência brasileiro.

Por fim, far-se-á uma comparação entre os sistemas normativos anteriormente analisados (recuperacional e protetivo da concorrência), com o intuito de verificar eventuais (in)compatibilidades para enfim concluir sobre a (des)necessidade de notificação e aprovação prévia pelo CADE para a consumação dos atos de concentração eventualmente aprovados em planos de recuperação.

2 A RECUPERAÇÃO JUDICIAL NO BRASIL

A Recuperação judicial é um direito subjetivo dos empresários que estejam exercendo regularmente sua atividade econômica há, no mínimo, dois anos. Ao exercer tal direito, instaura-se um procedimento de jurisdição voluntária coordenado pelo juiz da causa, mas, em última instância, decidido pelos credores através da aprovação do plano de recuperação.

A fim de entender melhor esse instituto, vejamos, nos subtópicos a seguir, os objetivos perseguidos e os interesses envolvidos no procedimento, bem como a

competência do juízo recuperacional para, ao final, analisar o chamado “plano de recuperação”.

2.1 Objetivos e interesses

A recuperação, seja ela judicial ou extrajudicial, nos moldes previstos na Lei nº 11.101/05, possui nítido caráter preventivo, tratando-se de verdadeiro remédio voltado a sanear as dívidas do empresário para permitir a continuidade da atividade empresária desenvolvida. Ou seja, busca restaurar a saúde financeira do empresário para permitir a permanência de sua empresa no mercado.

Para Eduardo Goulart Pimenta, a recuperação judicial representa “uma série de atos praticados sob supervisão judicial e destinados a reestruturar e manter em funcionamento a empresa em dificuldades econômico-financeiras temporárias”¹⁹. Com isso em mente, poder-se ia conceituar a recuperação como “o processo pelo qual se permite ao devedor empresário em crise econômico-financeira obter uma forma alternativa de adimplemento de suas obrigações”²⁰, estando seu principal objetivo esculpido no artigo 47 da LFRE:

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.²¹

Observa-se do inteiro teor do dispositivo retro os vários interesses presentes em um único processo de recuperação e o objetivo maior de preservar a empresa, razão pela qual há de se concluir que os órgãos da recuperação judicial, em sua busca pela garantia da continuidade da atividade empresarial, não poderão representar o interesse específico de nenhuma das partes do processo, mas sim o interesse da coletividade²². Nesse sentido, importante a lição de Marlon Tomazzete:

¹⁹ PIMENTA, Eduardo Goulart. *Recuperação de empresas*. São Paulo: IOB, 2006. p. 68.

²⁰ CHAGAS, Edilson Eneidino das. *Direito empresarial esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 746.

²¹ 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/111101.htm>. Acesso em: 20 mar. 2018. Artigo 47, *caput*.

²² CHAGAS, Edilson Eneidino das. *Direito empresarial esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Sem dúvida, o primeiro objetivo específico da recuperação judicial é a manutenção da fonte produtora, isto é, a manutenção da empresa (atividade) em funcionamento. Não se busca aqui salvar o sujeito, mas salvar a atividade que ele exercia, pois é ao redor dessa atividade (empresa) que circundam os interesses de credores, fisco, comunidade e trabalhadores. É mais importante que a atividade se mantenha funcionando, ainda que com outro titular, pois sua manutenção permitirá a geração de novos empregos, a geração de riquezas e o atendimento às necessidades da comunidade²³

Esclarecidos os objetivos do instituto da recuperação e os interesses que o circundam, e voltando-se o presente estudo para a modalidade judicial da recuperação, *mister* determinar a competência do juízo responsável por processá-la e julgá-la.

2.2 Competência do juízo recuperacional

No tocante à competência territorial cível²⁴, o artigo 3º da Lei nº 11.101/05 estabelece que é o juízo do local do principal estabelecimento do empresário ou da filial da empresa que tenha sede fora do Brasil o competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência.

Chagas²⁵ aponta que, apesar de territorial, a competência para processar e julgar os procedimentos previstos na Lei de Falências e Recuperação é de natureza absoluta, em razão dos interesses coletivos e públicos que tais procedimentos ensejam.

Definida a competência, o juízo receberá o pedido de recuperação judicial instruído com os documentos previstos no art. 51 da LFRE. Na petição inicial, deverá ser comprovado o preenchimento dos pressupostos do art. 48 da mesma Lei. Em ordem, o juiz deferirá o processamento da recuperação e concederá o prazo de 60 dias para o recuperando apresentar seu plano de recuperação, sob pena de convalidação em falência, nos termos do art. 53, também da Lei nº 11.101/05.

²³ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 3. p. 45.

²⁴ Diz-se aqui competência material cível na medida em que a competência criminal está determinada no artigo 183 da mesma Lei, que aponta que compete ao juiz criminal da jurisdição onde tenha sido decretada a falência, concedida a recuperação judicial ou homologado o plano de recuperação extrajudicial conhecer das ações penais pelos crimes previstos LFRE.

²⁵ CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito empresarial esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 800.

O plano de recuperação judicial será melhor tratado no subtópico a seguir, mas sua menção aqui é imprescindível para compreender a amplitude da competência do juízo recuperacional. Senão vejamos.

Diferentemente do que ocorre com a falência, onde há um verdadeiro juízo universal e indivisível²⁶ e o juízo falimentar pode definir o destino de todos os bens do falido, o juízo recuperacional atuará apenas no respectivo processo de recuperação e eventuais impugnações de crédito ou ações ordinárias de retificação do quadro geral de credores, conforme inteligência dos artigos 8º e 19º da Lei Falimentar.

Nesse sentido, e com base na jurisprudência reiterada do Superior Tribunal de Justiça (STJ), aquela Corte editou a Súmula nº 480/2017, cuja ementa dispõe que: “o juízo da recuperação judicial não é competente para decidir sobre a constrição de bens não abrangidos pelo plano de recuperação da empresa”²⁷. Destarte, e *a contrario sensu*, estando abrangido pelo plano de recuperação, a competência será do juízo recuperacional.

2.3 Do plano de recuperação judicial

Durante o processo de verificação de créditos, o devedor empresário, no prazo de 60 (sessenta) dias, deve elaborar e apresentar um plano de recuperação judicial, que, de certo modo, representa a proposta inicial de acordo a ser firmado com seus credores. Aprovado o plano, este servirá como um guia contendo o passo a passo a ser seguido para solucionar a crise econômico-financeira em que imersa o devedor, sendo, destarte, de importância imensurável.

Os incisos do art. 53 da LFRE trazem os elementos que devem constar do plano. São eles: laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor (inciso III), demonstração da viabilidade econômica da empresa (inciso II) e discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados (inciso I).

²⁶ O artigo 76 da Lei nº 11.101/05 dispõe que “o juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo”. Por força deste artigo, todas as ações e execuções que interessem à massa falida, com exceção daquelas expressamente indicadas no *caput* do artigo, serão tratadas no âmbito do juízo falimentar.

²⁷ Súmula 480/STJ - 18/12/2017. Competência. Conflito de competência. Juízo universal. Juízo da recuperação judicial. Penhora. Bens não abrangidos pelo plano de recuperação da empresa. Lei 11.101/2005, arts. 6º, 47 e 76. CPC, art. 655. O juízo da recuperação judicial não é competente para decidir sobre a constrição de bens não abrangidos pelo plano de recuperação da empresa.

Elaborado o plano, e estando este de acordo com os parâmetros legais estabelecidos, o juiz publicará edital para dar conhecimento a todos os credores de seu recebimento e fixará data para que se manifestem sobre seu conteúdo. Neste primeiro momento há, basicamente, duas opções: (i) manifestar-se favoravelmente ao plano ou deixar de se manifestar, implicando em aprovação tácita; ou (ii) apresentar objeção.

Havendo objeção por pelo menos um credor, o juiz convocará a assembleia geral de credores (AGC), órgão máximo da recuperação, para deliberar sobre o plano, conforme previsão expressa do art. 56 da Lei nº 11.101/05.

À assembleia geral de credores compete, *inter alia*, aprovar, rejeitar ou modificar o plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor²⁸. Ou seja, “o poder de deliberação sobre o plano inclui a faculdade de discutir, debater e, enfim, votar”²⁹. Justamente por isso, Gladston Mamede defende que a assembleia pode, inclusive, vir a ser suspensa para permitir que a análise e eventual modificação do plano seja mais adequada, permitindo-se alcançar, ao final, a concordância dos credores e do devedor. Tal posicionamento está embasado, sem dúvida, no princípio maior da preservação da empresa e na ideia de que a recuperação é sempre preferível à falência.

A decisão da AGC, seja ela pela aprovação ou rejeição do plano, há de ser tida como soberana, caso considerado tão somente a própria natureza da recuperação³⁰. A jurisprudência do STJ, contudo, mitiga de certo modo tal soberania, já tendo assim se manifestado sobre o tema quando o julgamento do Recurso Especial nº 1.314.209³¹:

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. APROVAÇÃO DE PLANO PELA ASSEMBLEIA DE CREDITORES. INGERÊNCIA JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. CONTROLE DE LEGALIDADE DAS DISPOSIÇÕES DO PLANO. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. A assembleia de credores é soberana em suas decisões quanto aos planos de recuperação judicial.

²⁸ Conforme disposição expressa do art. 35, I, “a” da Lei nº 11.101/05.

²⁹ MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 4, p. 168. p. 168.

³⁰ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 3, p. 212.

³¹ STJ – REsp 1314209/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/5/2012, DJe 1º/6/2012.

Contudo, as deliberações desse plano estão sujeitas aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, requisitos esses que estão sujeitos a controle judicial. 2. Recurso especial conhecido e não provido.

Controversas doutrinárias e jurisprudências acerca dos limites da atuação jurisdicional no processo de recuperação à parte, vislumbra-se não ser permitida a ingerência direta do judiciário sobre o conteúdo do plano. Deste modo, caso a assembleia geral de credores aprove um plano de recuperação judicial em que prevista a realização de algum ato de concentração, e não havendo nenhuma ilegalidade, caberá ao juiz homologar a manifestação de vontade da AGC.

3 O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

O SBDC, formado pelo CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE), foi (re)estruturado com o advento da Lei nº 12.529/11, que reorganizou todo o subsistema normativo de defesa da concorrência brasileiro, composto primordialmente por dois mecanismos, um de conduta e outro de estruturas.

O primeiro estabelece regras que estabelecem sanções à prática de condutas anticompetitiva. Já o segundo prevê mecanismos de autorização para operações que resultem em concentrações econômicas, buscando-se, assim, evitar a formação de estruturas empresariais que estimulem e/ou permitam o exercício abusivo de poder de mercado e/ou a adoção de condutas anticompetitiva³².

Apresentar-se-á nos subtópicos a seguir os objetivos perseguidos e os interesses envolvidos na defesa da concorrência, bem como os motivos pelos quais a estrutura do SBDC exige a prévia notificação e aprovação do CADE para a consumação dos atos de concentração considerados como de notificação obrigatória.

3.1 Objetivo e interesses

Logo no primeiro dispositivo legal da Lei nº 12.529/11 é possível verificar que o objetivo do sistema de defesa da concorrência consiste em garantir “liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos

³² PEREIRA NETO, Caio Mário de Silva. *Direito concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2016.

consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”³³. Para Roberto Domingos Taufick, o art. 1º estabelece os pilares que orientam a análise do antitruste. Em suas palavras:

Trata-se de uma lista que combina liberdades franqueadas aos agentes econômicos com prerrogativas de intervenção pelo poder público, sempre que o abuso daquelas implique a interferência em um valor coletivo maior. Basicamente, uma liberdade pode estar sendo objeto de abuso sempre que um agente incorporar, irregularmente, um bem que é comum, como se privado fosse; ou, em outras palavras, quando se reputar que a fruição aparentemente regular dessa liberdade demande a imposição de limites específicos com o fim de garantir o bem coletivo³⁴

Nesse mesmo sentido, Pereira Neto aponta que a finalidade das normas de defesa da concorrência é “resguardar o bom funcionamento dos mercados ao controlar a atuação de empresas que detenham poder econômico”³⁵. De um ponto de vista econômico da política de concorrência³⁶, diz-se que a lei antitruste visa defender “não os concorrentes individualmente considerados e tampouco [...] os consumidores, mas, sim, o processo concorrencial”³⁷, pois este último é tido como promotor de bem-estar³⁸.

³³ Art. 1º da Lei nº 12.529/11.

³⁴ TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova Lei Antitruste brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 3.

³⁵ PEREIRA NETO, Caio Mário de Silva. *Direito concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2016, p.19.

³⁶ Tal expressão é comumente utilizada principalmente pela doutrina europeia para referir-se às questões antitruste e muitas vezes é adotada em trabalhos acadêmicos nacionais. Por vezes tal expressão será utilizada ao longo deste trabalho para referir-se indistintamente à política antitruste e defesa da concorrência.

³⁷ CARDOSO, Diego Soares. *Política antitruste e sua consistência: análise das decisões do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência relativas aos Atos de Concentração*. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Economia da Universidade Federal de São Carlos (UFSC), Faculdade de Economia, Sorocaba, 2013. (Orientação da Profª Drª Mariusa Momenti Pitelli). p. 31.

³⁸ Do ponto de vista econômico, o bem-estar pode ser mensurável. Assim, o conceito de bem-estar que inspira as práticas de defesa da concorrência é emprestado da economia, consistindo no conceito-padrão utilizado para medir a qualidade de desempenho de uma empresa, fornecido pelo excedente total verificado. Tal excedente, por sua vez, consiste na soma do excedente do consumidor com o excedente do produtor.

O excedente do consumidor é medido pela diferença entre a valoração do consumidor para determinado bem e o preço que ele efetivamente tem de pagar para obtê-lo. O bem-estar dos consumidores seria, assim, a soma do excedente de todos os consumidores. O excedente do produtor, por sua vez, é o lucro por ele obtido com a venda do bem, de modo que o bem-estar dos produtores representa a soma de todos os excedentes dos produtores. Por estes conceitos, o bem-estar total seria a soma do bem-estar dos produtores com o bem-estar dos consumidores.

A política antitruste brasileira, assim como à europeia e a norte americana, privilegiam especialmente o bem-estar dos consumidores para se proceder à análise de atos de concentração, tal como pode ser verificado no §6º do art. 88 da Lei nº 12.529/11, que afirma que os atos de concentração proibidos pelo §5º, quais sejam, aqueles que “impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado

Todo o entendimento acima exarado sobre o tema é reforçado pelo parágrafo único do artigo primeiro do mesmo artigo que aponta ser a coletividade a titular de todos os bens jurídicos protegidos pelo SBDC. Ou seja, a defesa da concorrência tutela interesses da coletividade e não o interesse privado dos agentes econômicos. Há evidente supremacia do interesse social sobre o privado.

3.2 Da necessária alteração para o modelo de controle prévio de estruturas promovida pela Lei nº 12.529/11

Antes da entrada em vigor da Lei nº 12.529/11, o controle de estruturas, previsto na Lei nº 8.884/94 se dava *a posteriori*, ou seja, as partes podiam implementar a operação antes da aprovação final pelo CADE. Permitir que as partes implementassem o ato de concentração antes da aprovação final do CADE dificultava

a eficácia da ação preventiva do SBDC, pois, em caso de operações consideradas potencialmente anticompetitivas, era muito mais complexo adotar medidas de intervenção ou mesmo decisões de proibição da operação³⁹.

O sistema gerava, ainda, enorme insegurança jurídica, pois permitia que as partes implementassem uma operação que anos depois poderia vir a ser rejeitada pelo CADE e determinado o retorno ao *status quo ante*. Para ilustrar, poder-se-ia citar o caso Nestlé-Garoto (Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89), brevemente resumido a seguir.

No precedente supra indicado, a Nestlé, em 2002, adquiriu o controle societário da Garoto⁴⁰ e, dois anos depois, em 2004, o Plenário do CADE reprovou a

relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços” podem vir a ser autorizados desde que preencham os requisitos previstos em seus incisos, dentre os quais está a exigência de que “sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes” (inciso II do §6º do art. 88). Por não ser objeto do presente trabalho, tal questão não será aprofundada. Para maiores informações e aprofundamento na discussão econômica do tema, *vide*: MOTTA, Massimo; SALGADO, Lucia Helena. *Política de concorrência: teoria e prática e sua aplicação no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

³⁹ PEREIRA NETO, Caio Mário de Silva. *Direito concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 24.

⁴⁰ Conforme anunciado na notificação do caso, a operação consiste, mais especificamente, no seguinte: “a Nestlé Brasil subscreveu novas ações emitidas em decorrência de aumento de capital da Garoto, seguindo-se o resgate, pela sociedade, das ações então detidas por seus acionistas controladores. Como resultado, a Nestlé Brasil passou a deter a totalidade do capital social da Garoto”. Tais informações são de acesso público e podem ser obtidas através do endereço:

operação e determinou a desconstituição do ato de concentração. Não obstante, tal reprovação desencadeou uma série de discussões, pois naquele momento a Nestlé já havia investido aproximadamente 250 milhões de dólares na operação.

Irresignada, a Nestlé chegou inclusive a acionar o judiciário brasileiro, mas as discussões se arrastaram por longos anos, sem sucesso ao pleito por ela requerido. Assim, em 2015, a Nestlé buscou solução não judicial para o caso, tendo sido instaurado o Processo CADE nº 08700.003861/2016-30 com a apresentação voluntária de remédios para as preocupações concorrenciais verificadas pela autoridade antitruste.

No ano seguinte, as partes concluíram um acordo com o CADE, prevendo a venda de oito marcas para um concorrente de médio ou pequeno porte até outubro de 2017 para que a autoridade antitruste brasileira pudesse reverter a decisão que reprovou a operação. Não obstante, não foi possível realizar o negócio, de modo que até o presente momento⁴¹ o caso ainda não foi encerrado.

Em suma, pode-se concluir que o controle *a posteriori*, tal como verificado acima “era não só ineficiente do ponto de vista econômico como ineficaz na proteção e defesa do interesse público”⁴².

Desta forma, em razão da inadequação do mecanismo de controle póstero à efetivação da operação, com o advento da Lei nº 12.529/11, abandonou-se o sistema de controles de estrutura *ex post* em prol de um sistema de controle *ex ante*, “há muito recomendado pelas melhores práticas internacionais”⁴³ e já praticado pelas principais autoridades antitruste do mundo, tais como a dos Estados Unidos⁴⁴ e da Europa⁴⁵.

<https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcTYODL0dQJrH0em4COi5at7KHpCN-QV4eAxdRT24wf8S>.

⁴¹ Segundo as últimas informações públicas disponibilizadas, veiculadas pela Folha de São Paulo em 28/03/2018, o processo de vendas do pacote de marcas que inclui, entre outras, Chokito, Lollo e Sensação, estaria sendo negociado com um investidor financeiro, conforme anunciado em entrevista por Laurent Freixe, presidente da Nestlé para as Américas. A matéria está disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/03/investidor-financeiro-pode-levar-as-marcas-da-nestle.shtml>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

⁴² CORDOVIL, Leonor et al. *Nova lei de defesa da concorrência comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 37.

⁴³ CORDOVIL, Leonor et al. *Nova lei de defesa da concorrência comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 37.

⁴⁴ Para mais informações, vide: FOER, Albert A.; LANDE, Robert H. *The evolution of Unites States Antitrust Law: the past, present, and (possible) future*. Disponível em:

Vale destacar a importância do cenário internacional para a concretização da mudança em nossa legislação concorrencial. Conforme apontado no “Report on Country Experiences with the 2005 OECD Recommendation on Merger Review”^{46,47} elaborado em 2013, ainda que o Brasil não fizesse parte, como ainda não faz efetivamente⁴⁸, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD), a Recomendação de 2005 sobre revisão de atos de concentração foi observada e utilizada como incentivo para a reforma promovida. *Vide:*

Brazil used it to promote the reform of its competition law system and in particular to reform its notification thresholds and to introduce a statutory period for the substantive review of notified mergers⁴⁹.

Nesse mesmo sentido, o documento elaborado em março de 2018 pela OECD, denominado de “*Active with Brazil*” reforça tal visão:

*Brazil has been strongly engaged with the OECD’s work on competition. The recommendations of the 2005 and 2010 OECD peer reviews are reflected in Brazil’s current law, notably regarding merger control, fines and sanctioning*⁵⁰

Justificam a reforma do sistema “a proteção da livre concorrência e a perspectiva de se evitarem danos irreparáveis ou de difícil reparação, bem como contornar as dificuldades de se ter que anular efeitos de uma operação já consumada na hipótese de uma reprovação”⁵¹.

<https://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1696&context=all_fac>. Acesso em: 25 mar. 2018.

⁴⁵ Para mais informações, *vide*: PACE, Lorenzo Frederico. *European antitrust law: prohibitions, merger control and procedures*. [S.l.]: Edward Elgar Publishing, 2007.

⁴⁶ Em tradução livre: “Relatório de Experiências Nacionais de 2013 sobre as Recomendações de Controle de Fusões de 2005 da OECD”.

⁴⁷ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Report on country experiences with the 2005 OECD. *Recommendation on Merger Review*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/ReportonExperienceswithMergerReviewRecommendation.pdf>>. Acesso em: 1 abr. 2018.

⁴⁸ Em 2017 o Brasil solicitou formalmente seu ingresso como membro da OECD na *Ministerial Council Meeting* ocorrida em maio, mas o pedido ainda está sob análise.

⁴⁹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Report on Country Experiences with the 2005 OECD Recommendation on Merger Review*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/ReportonExperienceswithMergerReviewRecommendation.pdf>>. Acesso em: 1 abr. 2018.

⁵⁰ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Active with Brazil*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/brazil/Active-with-Brazil.pdf>>. Acesso em: 1 abr. 2018.

⁵¹ FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 124.

Assim sendo, e visando garantir a eficácia da norma e a proteção ao interesse coletivo defendido pelo SBDC, o §3º do art. 88 da Lei de Defesa da Concorrência proíbe a consumação dos atos antes da decisão final do CADE (*gun jumping*), sob pena de declaração de nulidade dos atos e imposição de multa pecuniária, além da possibilidade de abertura de processo administrativo por infração à ordem econômica.

Isso porque garantir o cumprimento de tais normas protetivas é especialmente importante quando observado que “quanto mais complexa a operação, especialmente quanto à reversibilidade da operação, maior o dano que a ausência de notificação pode causar ao mercado”⁵². Destarte, a o controle a priori de concentrações “tem como finalidade garantir que as análises sejam realizadas da forma menos traumática possível ao mercado”⁵³, sendo imprescindível a observância das normas que buscam realizá-lo.

4 COMPATIBILIZAÇÃO DOS SISTEMAS RECUPERACIONAL E PROTETIVO DA CONCORRÊNCIA

Já tendo sido explorado o instituto da recuperação judicial no Brasil e tecidas algumas considerações importantes sobre o SBDC, já é possível verificar indícios de compatibilidade entre os sistemas de proteção à concorrência e o sistema recuperacional. Aprofundaremos a seguir alguns pontos a fim de permitir solucionar o problema de pesquisa anunciado na introdução do presente trabalho.

4.1 Objetivos comuns, ponderação de interesses

Conforme pode se depreender da leitura dos capítulos anteriores, tanto o sistema recuperacional quanto o sistema de defesa da concorrência foram estruturados visando, em última instância, a proteção de interesses coletivos. Há, contudo, diferenças na dimensão de tais interesses.

O primeiro ao velar pela proteção à continuidade da empresa privilegia todos os interesses que circundam aquela atividade econômica em específico, sejam os

⁵² TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova Lei Antritruste brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 440.

⁵³ STOLZ, Fernanda Paula; SCREMIN, Sônia Rodrigues; DAUDT, Simone Stabel. A necessidade do controle a priori dos atos de concentração de empresas no Brasil. *Disc. Scientia*. Série: Ciências Sociais Aplicadas, Santa Maria, v. 2, n. 1, p. 135-147, 2006.

consumidores dos produtos/serviços prestados, os empregados que fornecem sua mão de obra, os fornecedores que garantem a matéria-prima da atividade, etc. O sistema protetivo da concorrência, por outro lado, busca preservar a competitividade do mercado como um todo, impedindo que haja abusos e garantindo, como consequência, a continuidade da atividade desempenhada por todas as empresas. Deste modo, por vezes faz-se necessário impedir a consumação de certos atos de concentração.

Inexiste, a princípio, confronto entre o princípio da preservação da empresa, pedra-guia do sistema recuperacional, e o princípio da livre concorrência, *máxime* do sistema de proteção à concorrência. Contudo, na hipótese de um empresário em recuperação judicial ver aprovado um plano de recuperação que determine a realização de ato de concentração que preencha os requisitos do art. 88 da Lei de Defesa da Concorrência, estar-se-ia diante de uma situação delicada que promoveria o embate dos princípios que regem ambos os sistemas, sobretudo os apontados acima.

Sabe-se que os princípios “funcionam como referencial geral para o intérprete, como um farol que ilumina os caminhos a serem percorridos”⁵⁴, não havendo hierarquia entre eles. Desta forma, cabe ao intérprete da norma proceder à ponderação dos princípios de acordo com a dimensão de peso⁵⁵ que estes assumem em cada situação específica, de modo a privilegiar, *in casu*, aquele que se mostrar mais relevante.

Assim sendo, na hipótese de conflito entre os princípios máximos de cada sistema, entende-se que deva ser privilegiado o da livre concorrência, pois é necessário garantir um ambiente efetivamente competitivo em que inúmeras empresas atuem e concorram entre si. Não se pode expor ao perigo os bens jurídicos da coletividade protegidos pela Lei nº 12.529/11 e permitir a realização de atos de concentração tão somente em razão da concessão de uma recuperação judicial.

Afinal, de nada adiantaria permitir a superação de uma passageira crise econômico-financeira em que imersa um empresário e reviver a empresa, visando

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 243.

⁵⁵ Expressão talhada por Ronald Dworkin em sua obra “Taking rights seriously”, publicada em 1977 pela editora Harvard University Press.

atender aos diversos interesses que a envolvem, se isso resultar na dominação de mercado por outro agente e possibilitar a adoção de práticas exclusórias, retirando não só aquela própria empresa que buscou-se proteger, mas também diversas outras do mercado. Em suma, os potenciais prejuízos da inobservância da necessária notificação prévia superam em muito os benefícios a princípio auferíveis com seu afastamento.

4.2 Da celeridade da análise administrativa e possibilidade de autorização precária

Uma das consequências da reforma promovida e da substituição para o modelo de controle prévio de estruturas foi a drástica redução do tempo médio geral de tramitação de atos de concentração junto ao CADE. Conforme extraído do documento “Balanço – 4 anos da Lei nº 12.529/11”⁵⁶ elaborado pela própria autoridade antitruste brasileira, o tempo médio de análise do período 2009-2011 foi de 164 (cento e sessenta e quatro) dias, ao passo que o do período 2013-2015 foi de apenas 28 (vinte e oito) dias. Ou seja, o período médio de análise foi inferior à metade do prazo para apresentação do plano de recuperação previsto no artigo 53 da LFRE, que é de sessenta dias.

Ademais, ainda que a legislação concorrencial preveja, no §2º do art. 88, o prazo ordinário de duzentos e quarenta dias para que o Conselho analise as operações notificadas, em casos de extrema urgência, há a possibilidade de se pleitear administrativamente autorização liminar para a realização do ato. Tal previsão encontra-se, atualmente, amparada pelo art. 155 do Regimento Interno do CADE⁵⁷ e permite aos Requerentes solicitar a autorização precária desde que preenchidos os seguintes requisitos, cumulativamente: (i) não houver perigo de dano irreparável para as condições de concorrência no mercado; (ii) as medidas cuja autorização for requerida forem integralmente reversíveis; e (iii) o requerente lograr demonstrar a iminente ocorrência de prejuízos financeiros substanciais e

⁵⁶ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Balanço: 4 anos da Lei nº 12.529/11*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes/balanco-4-anos-nova-lei-1.pdf>>. Acesso em: 2 abr. 2018.

⁵⁷ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/regimento-interno/regimento-interno-do-conselho-administrativo-de-defesa-economica-2018.pdf>>. Acesso em: 1 abr. 2018.

irreversíveis para a empresa adquirida, caso a autorização precária para realização do ato de concentração não seja concedida. Estando a Parte em recuperação judicial, está por natureza evidenciado o terceiro requisito, abreviando-se, assim, o caminho para a concessão da autorização.

Há apenas um único registro, desde a promulgação da Lei nº 12.529/11, de pedido de autorização precária submetido ao CADE, ocorrido no Ato de Concentração nº 08700.007756/2017-51⁵⁸. Nesse precedente, em apenas três dias a Superintendência Geral do CADE (SG) analisou o pedido de autorização e o enviou ao Tribunal, que decidiu pela concessão da liminar dois dias depois. Ou seja, em apenas cinco dias o pedido foi formulado, apreciado e deferido.

Deste modo, verifica-se que o princípio da celeridade não só guia o processo administrativo no órgão de proteção à concorrência brasileiro, como também é de fato implementado e efetivado, não havendo justificativa para o afastamento da análise prévia pelo CADE de atos de concentração derivados de processo de recuperação judicial com base em suposta incompatibilidade de prazos para análise.

4.3 Da independência e complementariedade das competências

Como visto, a força atrativa da recuperação é interpretada de forma mais restrita que a falimentar, sendo o juízo recuperacional competente para decidir sobre os temas que possam afetar os bens constantes do plano de recuperação judicial por ele homologado. Tal competência não pode ser vista, em hipótese alguma, como absoluta e capaz de afastar, por exemplo, a competência⁵⁹ do CADE para receber, instruir e aprovar ou rejeitar os processos administrativos para análise de atos de concentração.

Em verdade, tratam-se de competências independentes e, de certo modo, complementares, pois apesar de ao juízo recuperacional competir conduzir a

⁵⁸ O precedente tinha por Requerentes a Excelente B.V., uma empresa parte do grupo chinês Changi Airports International, a Rio de Janeiro Aeroporto S.A. (RJA) e a Concessionária Aeroporto Rio de Janeiro S.A. (CARJ), envolvia a aquisição, pela Excelente, de 60% das ações da RJA, que, por sua vez, possuía 51% da CARJ e estava inserida no mercado brasileiro de operação e administração de aeroportos e campos de aterrissagem. As informações públicas estão disponíveis em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCOR9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcXTwtMOGFJsh-BvRvjc7jYVKnjeJrFUtjK3tVCqjt5Rr> e foram acessadas em 01 abr 2018.

⁵⁹ Nesse sentido, *vide* arts. 40, XII e 58, X do Regimento Interno do CADE, que tratam, respectivamente, da competência da Superintendência-Geral e do Plenário do Tribunal do CADE relativo a instrução e apreciação de atos de concentração.

recuperação judicial e homologar o plano aprovado pelos credores, tomando as medidas necessárias para seu cumprimento, ao CADE compete a análise e deliberação sobre atos de concentração potencialmente prejudiciais ao ambiente competitivo, não se fazendo distinção entre a origem da operação (por exemplo, se originados ou não em plano de recuperação homologado judicialmente).

Entender de outro modo e permitir a ingerência do juízo recuperacional sobre os atos de concentração que devem ser aprovados pelo CADE consistiria em violação direta ao ordenamento jurídico nacional, afetando-se negativamente a competência da autoridade antitruste brasileira.

Sobre o tema, importante mencionar que tal questão foi brevemente analisada em âmbito administrativo no Ato de Concentração nº 08700.008187/2012-56⁶⁰, envolvendo a aquisição, pela Camil Alimentos S.A. (Camil), de uma Sociedade de Propósito Específico (SPE) que viria a ser constituída pela Carreteiro Alimentos Ltda (Carreteiro) para reunir os ativos e marcas vinculados à atividade principal desta, que encontrava-se em recuperação judicial⁶¹.

A operação foi apresentada *ad cautelam* ao Conselho, pois pendente, à época, de aprovação da proposta integrante do plano recuperação judicial da Carreteiro pela AGC, mas obteve parecer favorável da Superintendência Geral do CADE. Contudo, durante o prazo de 15 (quinze) dias para apresentação de recursos à decisão da SG ou avocação pelo Conselho, o juízo recuperacional concedeu o pedido e homologou o Plano de Recuperação, determinando que a Camil depositasse judicialmente a quantia de R\$45.000.000,00 (quarenta e cinco milhões de reais) em 72 (setenta e duas) horas.

Ocorre que o Regimento Interno do CADE é expresso ao prever a impossibilidade de consumação da operação até o termo final do prazo para apresentação de recursos ou avocação pelo Tribunal⁶², razão pela qual as partes opuseram embargos declaratórios contra a decisão do juízo recuperacional. Não

⁶⁰ As informações públicas sobre o caso estão disponíveis em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcfHEdeGM3Y2AkHT-z107VV2FQMNCmXZHe_J9N3IiqQM6> acesso em: 1 abr. 2018.

⁶¹ O pedido de recuperação foi processado nos Autos nº 0051785-76.2012.8.19.0001, que tramitaram na 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro.

⁶² Atualmente, tal disposição está inserida no art. 172 do Regimento Interno do CADE e está amparada nos arts. 65 e 88 da Lei nº 12.529/11.

obstante, por entender que “a alienação de ativos de empresa em recuperação judicial, homologada pelo juízo universal, não está sujeita ao regramento da referida autarquia federal (CADE)” e que “não se faz necessário aguardar o prazo do recurso administrativo [...] para realização do depósito judicial ou de qualquer outra medida tendente à operação da UPI”, não houve alteração substancial no julgado e a Camil efetuou o depósito solicitado. Esclareceu, ainda, aquela Parte que tal depósito se deu unicamente em cumprimento à decisão judicial e que não havia sido implementado qualquer ato de integração.

Diante de tal informação, a Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE (ProCADE) foi instigada a se manifestar, tendo apresentado o Parecer nº 11/2013/PFE-CADE/PGF/AGU com a seguinte ementa:

DIREITO ADMINISTRATIVO. DEFESA DA CONCORRÊNCIA. COMPETÊNCIA DO CADE. NOTIFICAÇÃO DE ATO DE CONCENTRAÇÃO. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. POTENCIAIS EFEITOS DE DECISÃO DO JUIZ DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. LEIS n211.101/2005 e n2

12.529/2011. 1. Sem prejuízo da competência do juízo da falência para apreciar as questões sobre bens, interesses e negócios do falido, conforme dispositivo legal que regulamenta a universalidade do juízo da falência, compete ao CADE apreciar os efeitos concorrenciais dos atos de concentração, ainda que envolvam empresas em recuperação judicial. 2. No caso em exame, parece não ofender a competência do CADE a afirmação do juiz da falência de que as providências necessárias para a alienação de unidade produtiva independem da apreciação do ato de concentração da autarquia. 3. Ausência de configuração de ato de integração contrário à Lei n212.529/2011, considerando as peculiaridades do caso. 3. Possíveis reflexos da edição da Lei nº 12.529/2011 no procedimento de notificação de atos de concentração envolvendo empresas em recuperação judicial. Sugestões.

Em sua manifestação, destacou que, em que pese as afirmações do juízo recuperacional estarem, teoricamente, em descompasso com as disposições expressas da Lei nº 12.529/11, uma vez que a proposta de aquisição pela Camil ficou condicionada à aprovação da operação pelo CADE, a mera determinação de depósito judicial dos valores não consistiria em consumação antecipada da operação, pois entendeu que

O juiz da recuperação judicial apenas se limitou a declarar que a eventual atuação do CADE na análise do ato de concentração não seria impeditivo lógico para a adoção das providências preparatórias à execução do Plano de Recuperação.

Ainda assim, registrou que

Considerando que o cerne da recuperação judicial é a sobrevivência da empresa e quitação dos seus débitos, realmente não caberia ao juiz da recuperação judicial analisar as questões referentes à análise do ato de concentração, de competência do CADE,

Bem como que a decisão lavrada é reflexo da proposta de aquisição apresentada pela Camil, que não fez constar expressamente a necessidade de todas as providências concretas da aquisição estarem vinculadas e condicionadas à decisão final do Conselho (após o decurso do prazo recursal).

Ademais, salientou a possibilidade de terem surgido novas questões em relação à legislação falimentar com o advento da Lei nº 12.529/11, que significativamente alterou não só o procedimento, mas também a lógica da análise dos atos de concentração, recomendando que o CADE avaliasse a conveniência de emitir orientações para prevenir situações mais complexas que a então vivenciada. Por fim, apontou a possibilidade de que caso o Conselho venha a “sofrer indevida limitação no exercício de sua competência em virtude de decisão emanada de juízo falimentar, será então possível questionar essa decisão pela via judicial apropriada”.

O processo, então, foi arquivado sem maiores considerações sobre eventual violação ou não à legislação antitruste. Entretanto, é evidente a importância do referido precedente no que se refere aos limites das competências analisadas neste trabalho e suas interações no campo do Direito.

Com efeito, o entendimento já expressado no tocante à impossibilidade de intervenção do juízo recuperacional sobre a competência do CADE encontra-se, *mutatis mutandis*, amparado em precedente do Superior Tribunal de Justiça consubstanciado nos Autos do “AgRg na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 1.161 – SP (2009/0234737-7)”. Neste processo, a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) apresentou pedido de suspensão da execução de decisão do Juiz da 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo – SP, proferida nos autos

da Recuperação Judicial nº 583.00.2008.241256-0. Isso porque, em suma, a decisão do juízo recuperacional estaria interferindo na competência daquela agência de gerir o “transporte aéreo privado mediante o controle de linhas, horários de decolagem e de pouso, preços de passagens e outros”, ao determinar a indisponibilidade das autorizações de pousos e decolagens (*slots*) no Aeroporto Internacional de Congonhas que foram incluídas no *rol* de bens e direitos da Unidade Produtiva Isolada (UPI) a ser alienada judicialmente para cumprimento do Plano de Recuperação de “Pantanal Linhas Aéreas S.A”.

O relator, Ministro Cesar Asfor Rocha, deferiu o pedido da ANAC, tendo a recuperanda apresentado agravo regimental contra tal decisão que, por unanimidade, teve seu provimento negado⁶³. A ementa do julgado restou assim redigida:

AGRAVOS REGIMENTAIS. ALIENAÇÃO JUDICIAL DE SLOTS DE COMPANHIA AÉREA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. AEROPORTO DE CONGONHAS. COMPETÊNCIA DA AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL – ANAC AFETADA NEGATIVAMENTE. PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA O DEFERIMENTO DO PEDIDO DE SUSPENSÃO. DECISÃO MANTIDA. – A eventual alienação judicial de slots juntamente com parte da empresa Pantanal Linhas Aéreas S.A., em recuperação judicial, pode causar grave lesão à ordem e à economia públicas, afetando negativamente a competência da ANAC, a quem cabe gerir o transporte aéreo privado mediante o controle de linhas, horários de decolagem e de pouso, preços de passagens e outros, evitando monopólios e abusos de empresas e sempre preservando os direitos dos usuários do serviço de transporte aéreo. Agravo regimental da Pantanal improvido, ficando mantida, em sua totalidade, a decisão deferitória do pedido de suspensão. Agravo regimental da ANAC prejudicado.

Assim, deve-se garantir a preservação das competências tal como legalmente estabelecidas e rechaçar a possibilidade de o juízo recuperacional interferir nas atribuições do CADE no tocante a análise e eventual aprovação de atos de concentração potencialmente lesivos à concorrência, ainda que decorrentes da

⁶³ Cumpre ressaltar que, posteriormente a decisão liminar do STJ, a totalidade das ações da Pantanal foram alienadas à TAM e o Agravo de Instrumento que havia sido interposto pela ANAC no âmbito do TJSP foi improvido. Com a alteração do quadro fático, o Ministro Relator no STJ suspendeu parcialmente a eficácia de sua própria decisão liminar, tendo sido, então, interposto agravo regimental pela ANAC o qual restou prejudicado após o julgamento do Agravo da recuperanda.

aprovação de plano de recuperação judicial, desde que preenchidos os requisitos legais.

5 CONCLUSÃO

Por todo o exposto acima, verifica-se que há compatibilidade entre os sistemas de proteção à concorrência e o sistema de recuperação de empresas, inseridos no ordenamento jurídico nacional. Ambos compartilham uma *ratio essendi* na tutela de interesses coletivos e foram estruturados visando assegurar a necessária celeridade para cumprimento de seus objetivos. Apesar de possuírem competências distintas, há certa complementariedade entre si, pois a defesa de um adequado cenário concorrencial se faz necessário para se garantir a preservação de diversas empresas, não só aquelas em estado de crise econômico financeira que encontram-se em processo de recuperação judicial.

Desta forma, conclui-se por ser necessária a aprovação prévia pela autoridade antitruste brasileira de atos de concentração que atendam aos requisitos legais, ainda que consistentes em forma de superação da crise econômico-financeira de empresas em recuperação judicial, seja: (i) pela simples literalidade da norma contida no art. 88 da Lei nº 12.529/11, que não traz qualquer tipo de exceção à tal regra; (ii) pela supremacia do interesse coletivo maior protegido pelo SBDC; ou (iii) pela compatibilidade existente entre a celeridade da análise administrativa, com seus mecanismos de autorização precária, e a urgência exigida para a preservação de empresas em recuperação.

A consumação de operações sem autorização do CADE, que atendam aos requisitos legais de notificação prévia, é potencialmente lesiva à concorrência e, por consequência, à coletividade, podendo, por expressa previsão legal, ser declarada nula, e culminar em multa e abertura de processo administrativo por infração à ordem econômica. Caso a concretização esteja amparada em decisão de juízo recuperacional, ter-se-á um problema ainda maior, pois estar-se-ia diante de uma nítida usurpação de competência.

É necessário que haja maior interlocução entre os juízos recuperacionais e o órgão de defesa da concorrência brasileiro, a fim de disseminar o entendimento sobre a importância do SBDC para a proteção do interesse coletivo também

perseguido pelo instituto da recuperação judicial. Desta forma, evitar-se-ia, em última instância, a lavratura de decisões judiciais ilegais e anticompetitiva, que privilegiem determinada empresa em recuperação em detrimento de todo o mercado.

REFERÊNCIAS

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, ano 35, n. 104, Nova Série, out./ dez. 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2015.

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/111101.htm>. Acesso em: 20 mar. 2018.

BRASIL. *Lei nº 12.529* de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; entre outros. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 20 mar. 2018.

BRASIL. *Portaria Interministerial nº 994* de 30 de maio de 2012. Adequa, após indicação do Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, os valores constantes do art. 88, I e II, da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/portarias/portaria-994.pdf/view>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

CARDOSO, Diego Soares. *Política antitruste e sua consistência: análise das decisões do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência relativas aos Atos de Concentração*. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Economia da Universidade Federal de São Carlos (UFSC), Faculdade de Economia, Sorocaba, 2013. (Orientação da Profª Drª Mariusa Momenti Pitelli).

CHAGAS, Edilson Eneidino das. *Direito empresarial esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Balanço: 4 anos da Lei nº 12.529/11*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes/balanco-4-anos-nova-lei-1.pdf>>. Acesso em: 2 abr. 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/regimento->

interno/regimento-interno-do-conselho-administrativo-de-defesa-economica-2018.pdf>. Acesso em: 1 abr. 2018.

CORDOVIL, Leonor et al. *Nova lei de defesa da concorrência comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

FERRAZ, Daniel Amin. A concentração empresarial no contexto da economia internacional. In: FERRAZ, Daniel Amin. *Direito empresarial: marco jurídico da internacionalização das empresas brasileiras*, Curitiba: CRV, 2012.

FERRAZ, Daniel Amin; SÁ, Marcus Vinicius Silveira de. Da teoria objetiva da desconsideração da personalidade jurídica e os grupos de sociedades sob a ótica das relações de consumo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 6, n. 3, p. 112-130, 2016.

FOER, Albert A.; LANDE, Robert H. *The evolution of Unites States Antitrust Law: the past, present, and (possible) future*. Disponível em: <https://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1696&context=all_fac>. Acesso em: 25 mar. 2018.

FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 4, p. 168.

MICKELTHWAIT, John; WOOLDRIDGE, Adrian. *The company: a short history of a revolutionary idea*. New York: A Modern Library, 2005.

MOTTA, Massimo; SALGADO, Lucia Helena. *Política de concorrência: teoria e prática e sua aplicação no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

MUGHAL, Munir Ahmad. *Islamic concept of partnership*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1976624>>. Acesso em: 22 maio 2016.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Active with Brazil*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/brazil/Active-with-Brazil.pdf>>. Acesso em: 1 abr. 2018.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Report on Country Experiences with the 2005 OECD Recommendation on Merger Review*. Disponível em:

<<http://www.oecd.org/daf/competition/ReportonExperienceswithMergerReviewRecommendation.pdf>>. Acesso em: 1 abr. 2018.

PACE, Lorenzo Frederico. *European antitrust law: prohibitions, merger control and procedures*. [S.l.]: Edward Elgar Publishing, 2007.

PEREIRA NETO, Caio Mário de Silva. *Direito concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2016.

PIMENTA, Eduardo Goulart. *Recuperação de empresas*. São Paulo: IOB, 2006.

PONT, Manuel Broseta. *Manual de derecho mercantil*. 10. ed. Madrid: Editorial Tecnos S.A, 1994.

STOLZ, Fernanda Paula; SCREMIN, Sônia Rodrigues; DAUDT, Simone Stabel. A necessidade do controle a priori dos atos de concentração de empresas no Brasil. *Disc. Scientia*. Série: Ciências Sociais Aplicadas, Santa Maria, v. 2, n. 1, p. 135-147, 2006.

TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova Lei Antitruste brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 3.

TOMAZETTE, Marlon. *Direito societário e globalização: rediscussão da lógica público-privada do Direito Societário diante das exigências de um mercado global*. São Paulo: Atlas, 2014.

INTERESSE DE AGIR DO FISCO NO PROCESSO DE FALÊNCIA SOB A ÈGIDE DA LEI Nº. 11.101 DE 2005

INTEREST OF ACT OF THE FISCAL IN THE CASE OF FAILURE UNDER THE LAW OF LAW Nº 11.101

Nadya Veras Jaroscynski¹

RESUMO

O estudo da legitimidade para requerer a falência do devedor propõe uma detalhada análise do artigo 97 da Lei nº 11.101/2005 para verificar sua viabilidade jurídica. A possibilidade de ajuizamento da ação de falência contra o devedor pela Fazenda Pública é o objetivo desse artigo. Nesse sentido, a legitimidade ativa da ação será analisada de acordo com a Lei de Falência, com a incidência de possíveis legislações extravagantes, com a doutrina e com a jurisprudência brasileiras. Vislumbra-se chegar às circunstâncias passíveis de uma exceção legal quanto a legitimidade ativa para ajuizar o pedido de falência.

Palavras-chave: Falência. Legitimidade ativa. Fazenda pública.

ABSTRACT

The study of the legitimacy to require the bankruptcy of the debtor proposes a detailed analysis of the law 11.101/2005 in its article 97 to verify its legal feasibility. The proposition of this article is to verify the possibility of filing a lawsuit of bankruptcy proceedings against the debtor by the Public Treasury. In this sense, the active legitimacy of the lawsuit will be analyzed according to Bankruptcy Laws, with possible usage of extravagant legislation, according to Brazilian doctrine and jurisprudence. This article's purpose is to understand and foresee the circumstances that are subject to a legal exception as well as to the active legitimacy to file a lawsuit of bankruptcy.

Key words: Bankruptcy. Active legitimacy. Public treasury.

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Aluna do curso de pós-graduação *lato sensu* do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

1 INTRODUÇÃO

A atividade empresarial, por si só, gera várias responsabilidades para quem a exerce em razão das exigências próprias de determinada atividade que englobam não só a captação de clientela ou a busca de aumento da percepção de lucros, envolvem também a mão de obra necessária para o funcionamento da atividade, os custos inerentes ao seu desenvolvimento, inclusive os tributários. Tais responsabilidades tem dificuldades normais do exercício da atividade empresarial, e se não forem bem geridas, podem culminar em uma crise patrimonial por diversos fatores intrínsecos ou não a sua atuação.

A crise financeira atinge as pessoas de diferentes formas, seja pessoa física ou jurídica, e leva a consequências que muitas vezes são irreversíveis, vide insolvência civil ou até mesmo um processo de recuperação judicial convolado em falência, por exemplo. Para a empresa a perda do controle econômico tem repercussões severas na produção ou circulação de bens e serviços, e conseqüentemente, na sua fonte de renda que por vezes também são imprescindíveis para satisfazer necessidades sociais.

Com o Decreto-Lei nº 7.661 de 1945, revogado pela Lei nº 11.101 de 2005, eram considerados ilegítimos para propor a falência aqueles créditos que não podiam ser reclamados nela, então não haviam dúvidas de que a Fazenda Pública estava legitimada a requerer a falência de seus devedores. Vale ressaltar que muitas relações são impactadas nesse procedimento, dentre outras, as de emprego, desde as dispensas coletivas até o não cumprimento de obrigações trabalhistas básicas. Outra relação prejudicada é com o fisco uma vez que o ajuizamento do processo de falência acarreta um prejuízo aos cofres públicos, principalmente, pela falta de arrecadação dos tributos devidos pela empresa.

Já a Lei nº 11.101 de 2005 trata como legitimados ativos o próprio devedor; o cônjuge sobrevivente, qualquer herdeiro do devedor ou o inventariante; o cotista ou o acionista do devedor e qualquer credor. Com isso, o questionamento que se faz é, como credora, a Fazenda Pública estaria incluída no rol dos legitimados ativos como qualquer credor?

O entendimento que prevalece hoje nos tribunais é que só após a sentença que decreta a falência é que a massa falida passa a negociar os seus créditos tributários,

que são de interesse do Estado, e com isso, de toda a sociedade, isto é, o fisco só interfere no processo de falência após a sentença que a decreta.

O bem-estar social pode ser associado, em grande medida, a essa falta de recolhimento dos tributos pelas empresas em crise econômica, se considerado que é por meio da atividade financeira gerida pelo Estado que é possível satisfazer-se as necessidades da coletividade. Esses fatores sociais são aproveitados pelos defensores da intervenção do Estado na crise financeira enfrentada por uma empresa, principalmente, para evitar um agravamento do prejuízo à receita tributária, e consequentemente, menos orçamento para a prestação de serviços à comunidade.

Por outro lado, a presença de alguns princípios que regem o processo de execução coletiva e de recuperação judicial, cada qual com suas peculiaridades são necessários para concluir pela impossibilidade do fisco requerer a decretação da Falência. Explico: A legitimidade para pedir a falência é duvidável em razão de não figurar expressamente no rol delimitado na legislação correspondente e o interesse de agir, que será analisado nesse trabalho, não é detectável por não ser um procedimento mais favorável ao fisco.

2 A LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA NA FALÊNCIA

Antes de se aprofundar no objetivo deste estudo é preciso deixar claro que a falência é uma situação de direito, e que, portanto, passa a existir a partir da sua decretação judicial, que reconhecendo a presença dos requisitos como a legitimidade passiva específica é que se falará em empresa falida. Ainda que o empresário esteja com dificuldades financeiras, não estará falido até a sentença que decreta a falência.²

De acordo com a Lei nº 11.101 de 09 de fevereiro de 2005, há soluções possíveis para buscar a satisfação do crédito vencido e não pago pelo devedor por meio de quatro remédios, quais sejam, a Recuperação Extrajudicial, a Recuperação Judicial, a Recuperação Judicial Especial e a Falência. No presente estudo o objeto será a falência, e mais especificamente, a legitimidade ativa para propô-la.

O primeiro legitimado a propor a ação de Falência é o próprio devedor conforme o disposto nos artigos 105 e 107 da Lei Falimentar, que é chamado pela

² TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 3. p. 323.

doutrina brasileira de autofalência. A autofalência é a prerrogativa conferida ao empresário que se encontra em crise patrimonial e que não tenha os requisitos legais para requerer outro remédio.³

Os dirigentes de uma empresa cuja situação financeira não pode ser contornada por meio da recuperação judicial, poderão pleitear em juízo a sua própria falência. Para tanto, é preciso a demonstração das razões pelas quais é inviável o prosseguimento da sua atividade empresarial, e portanto, a necessidade da decretação do instituto da falência. Ressalta-se que esse é um ponto positivo para o devedor, que encontrando-se com obrigações inadimplidas, demonstra frente aos credores e ao juízo por meio da autofalência a sua boa-fé.⁴

O cônjuge sobrevivente, qualquer herdeiro do devedor ou o inventariante estão elencados como o segundo legitimado para a propositura da ação falimentar. O interesse de agir deste legitimado pode ser verificado pelo simples fato de serem interessados no patrimônio afeto, de modo que, exemplificando, a decretação de falência pode ser uma forma de resguardar o espólio.⁵

Como terceiro legitimado se encontra o cotista ou o acionista do devedor na forma da lei ou do ato constitutivo da sociedade, isto é, aqueles que de certa forma integram aquela empresa, como seus sócios podem também requerer a falência da empresa em crise patrimonial.⁶

Como últimos legitimados para pedir a falência temos aqueles que mais tem interesse nesse remédio, que são os credores do devedor em questão. Nesses termos, a literalidade do artigo 97, inciso IV, da Lei de Falências traz que

Qualquer credor está legitimado para formular o pedido de falência. Em todo caso, ele deverá comprovar essa condição de credor, apresentando o título dessa obrigação, ainda que se

³ BRASIL. *Lei nº 11.101* de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018.

⁴ SALOMÃO, Luis Felipe. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

⁵ SALOMÃO, Luis Felipe. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

⁶ SALOMÃO, Luis Felipe. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

trate de obrigação não vencida, abrangendo inclusive os credores trabalhistas.⁷

Conforme o artigo 5º da Lei nº 11.101/2005 não serão legitimados os titulares somente de obrigações não exigidas pelo processo de falência, já que eles não têm interesse de agir. Estaria aqui expressa a impossibilidade de requerimento de Falência pela Fazenda Pública? A doutrina, segundo a corrente majoritária, entende que sim.

A legitimidade passiva, de acordo com o artigo 1º da Lei nº 11.101/2005 se atribui ao empresário e à sociedade empresária, entendidos como devedores, sendo assim, o empresário individual, a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI e a sociedade empresária. Não serão abrangidos por esse procedimento judicial algumas pessoas, como se vê no artigo 2º da mesma lei. Dentre elas, a empresa pública, a sociedade de economia mista, e também, a instituição financeira pública ou privada, por exemplo.⁸

2.1 Possibilidade de a Fazenda Pública requerer a falência do devedor

O processo falimentar era regulamentado pelo Decreto-Lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945, Lei de Concordatas, que determinava, dentre outros regramentos, a legitimidade ativa e passiva para requerer a falência, visando a proteção do crédito dos credores. Quando entrou em vigor a Lei nº 11.101 de 2005, que revogou o Decreto-Lei n.º 7.661 de 1945, adotou o critério da Impontualidade, segundo o seu artigo 94, inciso I. Adotou também o sistema de Atos Enumerados legalmente, o que se infere das disposições do artigo 94, incisos II e III, da Lei de Falência.⁹

⁷ BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018.

⁸ Art. 1º. Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor. Art. 2º - Esta Lei não se aplica a: I – empresa pública e sociedade de economia mista; II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores. BRASIL. *Lei nº 11.101* de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018.

⁹ BRASIL. *Lei nº 11.101* de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018.

A partir desse sistema misto adotado é possível definir a possibilidade de requerimento da falência pelo fisco, de acordo com a doutrina brasileira, que se divide na corrente favorável, com doutrinadores como Fábio Konder Comparato, e na corrente desfavorável, com autores como Rubens Requião.

A corrente a favor defende que a Fazenda Pública tem como um dos meios de receber o crédito tributário do devedor, o processo de falência. A fim de alcançar os devedores inertes, a Fazenda Pública poderia constrangê-los a liquidar o débito fiscal pendente por meio do requerimento do processo falimentar.¹⁰

Tal requerimento teria uma força maior que a execução fiscal comum, já que a coação moral decorrente da ação de falência proposta, tem repercussões mais intensas ao devedor que figura no polo passivo. Assim, a via judicial falencial poderia ser uma maneira mais eficaz de satisfação do crédito reclamado, e ainda, a falência pode ser interpretada como uma forma judicial de cobrança tributária do inadimplente.¹¹

Sobre a legitimidade ativa da Fazenda Pública para propor a ação de Falência não se tem dúvidas que pode ser interpretada a sua abrangência pelo inciso IV do artigo 97 da Lei nº 11.101 de 2005, em razão de se falar que todos os credores podem pedir a falência da empresa em crise, logo, há quem de imediato deduza que se o fisco é credor pode requerer a falência. Contudo, não se interpreta tão somente desta forma, já que também é preciso vincular ao interesse de agir do fisco, que nesse caso, parece não estar presente.¹²

Esse ponto merece atenção quanto a legitimidade dos credores estabelecida pela lei falimentar no sentido de estender a todos os credores a prerrogativa de solicitar a decretação da falência da empresa. De fato, a Fazenda Pública é credora dos empresários e sociedades empresárias, inclusive, quando a empresa se encontra em crise patrimonial, na maioria das vezes, ela tem débitos tributários pendentes.¹³

Não se faz qualquer distinção entre os credores legitimados, e assim, alguns doutrinadores entendem que a Fazenda Pública está incluída já que é credora dos

¹⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *Falência: legitimidade da Fazenda Pública para requerê-la*. São Paulo: RT, [s.d.], p. 52.

¹¹ SALOMÃO, Luis Felipe. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

¹² CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito empresarial esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹³ CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito empresarial esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2014.

créditos tributários, que vale ressaltar, podem ser cobrados na ação falimentar, e inclusive, tem um crédito preferencial, logo abaixo dos trabalhistas. Entretanto, essa corrente é minoritária, já que a grande maioria defende que a Fazenda Pública possa ter legitimidade ativa, não teria interesse de agir, haja vista que a execução fiscal pode ser mais vantajosa fora da execução coletiva, como no caso de terem muitos créditos extraconcursais.¹⁴

Por outro lado, aqueles contrários à legitimidade ativa do fisco, abordam a afronta ao interesse disposto no artigo 76 do Código Civil de 1916, como a moral e o econômico, para propor, ou ainda, para contestar uma ação. Tratam a impossibilidade do pedido pelo fato da existência de uma lei especial capaz de garantir o recebimento do determinado crédito tributário devido ao Erário Público.¹⁵

Esse poder-dever estabelecido em lei especial, como a imposição da cobrança do montante tributário, não se estende a uma autorizar para o pedido de processamento da falência. Nesse sentido, não se vislumbra o interesse de agir da Fazenda Pública em tal requerimento para a decretação da falência, em razão da determinação do Código Tributário Nacional da cobrança na execução fiscal.¹⁶

O artigo 187 do Código Tributário Nacional estabelece o processamento comum da execução fiscal referente aos débitos tributários, e que não estão sujeitos a um processo concursal. Por isso, há mais esse argumento justificador da falta de interesse de agir do fisco no que concerne ao pedido de falência já que a execução fiscal comum se demonstra mais favorável, na maior parte dos casos, em razão da posição da Fazenda Pública no quadro geral de credores e de outros fatores.¹⁷

2.2 Fazenda Pública como credor fiscal

Quem se encontra em crise patrimonial dificilmente estará em dia com as obrigações tributárias, em que pese os altos tributos brasileiros e a falta de

¹⁴ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 3. p. 327.

¹⁵ Art. 76 - Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral. Parágrafo único. O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou á sua família. BRASIL., *Lei nº 3.071*, de 1º de janeiro de 1916, Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 25 mar. 2018.

¹⁶ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.1.

¹⁷ Art. 187. A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento. BRASIL, Código Tributário Nacional.

possibilidade de negociações abrangentes com o fisco. De todo modo há maneiras de se liquidar o débito fiscal sem necessariamente pagar à vista, como nos parcelamentos que são disponibilizados, acontece que mesmo assim, quem está com dificuldades financeiras não consegue arcar com todas as obrigações assumidas.

Como credor fiscal a Fazenda Pública deve balizar o interesse social do pedido de falência com as possibilidades de cobrança fiscal, uma vez não ser imprescindível a forma judicial de cobrança mais gravosa à empresa. Ademais, esses contribuintes que lesam o Erário Público podem ser acionados pela execução fiscal com a mesma eficiência, e no caso de débitos tributários, com até mais chances de recebimento dos créditos pelo fisco.¹⁸

Claro que a sonegação de impostos por vezes está presente nos casos de crise econômico-financeira, contudo, há empresas que parecem não se preocupar com a liquidação da tributação devida.¹⁹ De todo modo, não é por isso que o fisco deve se utilizar do requerimento de falência para coagir o devedor a cumprir aqueles tributos pendentes, como uma forma de punição mais severa.²⁰

Então, como cobrar esses créditos de modo a equilibrar as relações, ressaltando a eficiência na satisfação da cobrança do débito fiscal? O primeiro ponto a se analisar diz respeito aos créditos tributários em si e sua posição no quadro geral de credores, frente a eficácia da execução fiscal.

2.2.1 Os créditos tributários na Lei nº 11.101 de 2005

Para saber qual o passivo dos credores do falido é necessário o processo de habilitação de crédito pelos credores que fazem jus aquele montante, para isso, serão analisadas nessa habilitação a existência, a legitimidade, o valor e a qualidade do crédito que se queira habilitar. Essa habilitação é uma forma de peneira dos créditos que serão considerados para compor o quadro geral de credores, ainda mais pela possibilidade de impugnação de algum crédito durante esse procedimento.²¹

No processo de recuperação judicial e no de falência os créditos tributários são homologados sem necessidade de passarem por esse processo de habilitação de

¹⁸ CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito empresarial esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁹ SALOMÃO, Luis Felipe. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

²⁰ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

²¹ CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito empresarial esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2014.

crédito pelo qual os demais credores passam. Para a homologação de um crédito devido ao fisco basta a apresentação da certidão de dívida ativa, uma vez que ela goza de presunção de veracidade.²²

Assim, o crédito tributário na recuperação judicial e na falência se percebe de duas maneiras, sendo encontrado como créditos concursais, e ainda, como créditos extraconcursais, em determinadas situações a depender do momento em que é constituído e até mesmo sua origem.²³

Para entender como se procede com a homologação do crédito tributário e sua ordem de pagamento no quadro geral de credores da falência, se faz necessário a breve abordagem sobre os créditos tributários concursais, e também sobre os créditos extraconcursais.

2.2.1.1 Os créditos tributários concursais

Antes de adentrar aos créditos tributário concursais, ressalta-se que o crédito tributário pode ser encontrado tanto em uma categoria, quanto na outra, a depender de sua origem e do momento do fator gerador do tributo. Nesse sentido, cada qual terá uma preferência de recebimento, e por isso, terá um momento para a sua satisfação, se houver ativo suficiente para tal.

Os créditos concursais são entendidos como os constituídos ao devedor falido e originados antes da decretação da falência, isto é, são todos aqueles já pendentes de adimplemento desde a época em que foi decretada a falência. Nesse sentido, os créditos concursais devem passar pelo processo de habilitação de crédito, que constarão no quadro geral de credores, salvo o tributário que não passa por esse filtro.²⁴

A preferência de pagamento do crédito concursal tributário, ou seja, do tributo que tenha fato gerador anterior à decretação de falência, se apresenta na terceira classe de credores do quadro, logo após os créditos de acidente de trabalho e créditos trabalhistas; e dos créditos com garantia real.²⁵

²² REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

²³ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

²⁴ CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito empresarial esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2014.

²⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 415.

Não são abrangidas como créditos concursais as multas decorrentes do tributo, já que estas têm categoria própria, inclusive bem abaixo dos demais créditos tributários do quadro, e por esse motivo, também não se enquadram como créditos extraconcursais. O que se vislumbra também é que esse crédito fiscal, segundo artigo 187 do Código Tributário Nacional, estabelece a ordem de preferência dentro da própria categoria.²⁶

Ademais, serão recebidos primeiro os créditos tributários da União, logo em seguida os créditos tributários dos Estados, e por último, os créditos tributários dos Municípios. Neste ponto, há um projeto de lei para reformar a Lei de falência, onde se estabelece a inversão dessa ordem de preferência, e assim, os Municípios receberiam primeiro, depois Estados, e em seguida a União.²⁷

A justificativa para essa inversão seria justamente a necessidade de titular do crédito, uma vez que os Municípios têm menos condições de arcar com os prejuízos decorrentes do inadimplemento do devedor falido.²⁸

2.2.1.2. Os créditos tributários extraconcursais

O deferimento do processamento da recuperação judicial ou da falência indica uma probabilidade de deferimento da recuperação judicial ou de decretação da falência, sem qualquer certeza de efetivamente irá se concretizar. A análise crítica que importa aqui é quanto às consequências ulteriores a decretação de falência, já que há créditos que são originados justamente por conta da sentença que decreta.

Esses créditos são chamados de extraconcursais e nada mais são que aqueles constituídos após a decretação da falência do devedor. Alguns créditos considerados como extraconcursais são a remuneração do administrador judicial; os créditos decorrentes da legislação trabalhista ou os derivados de acidentes do trabalho em virtude de serviços prestados logo após a sentença que decreta a falência.²⁹

²⁶ CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito empresarial esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2014.

²⁷ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

²⁸ BOMFIM, Ricardo. *Juristas combaterão mudanças na Lei de Recuperação Judicial pela Fazenda*. Disponível em: <<https://www.dci.com.br/legislacao/juristas-combater-o-mudancas-na-lei-de-recuperacao-judicial-pela-fazenda-1.602239>>. Acesso em: 18 abr.2018.

²⁹ CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito empresarial esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2014.

São entendidos também como créditos extraconcursais as quantias fornecidas à massa pelos credores; despesas com o processamento; custas judiciais nas ações que a massa foi vencida; obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante o processamento; e os tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência. Será respeitada a ordem de preferência determinada aos créditos concursais.³⁰

O artigo 188 do Código Tributário Nacional estabeleceu que os créditos tributários que surgem durante o processo de falência também serão considerados como créditos extraconcursais.

Com isso, se o fato gerador do tributo for durante o processamento da falência, ou após a sentença que a decretar, será crédito extraconcursal e terá preferência no recebimento pelo fisco. Nesse sentido, a falência seria mais favorável à Fazenda Pública.³¹

Outro ponto que merece destaque é quanto a categoria e a ordem de preferência em que se encaixa o INSS descontado do trabalhador, porém, não repassado ao erário público. Após controvérsia sobre o assunto, a matéria foi pacificada no Superior Tribunal de Justiça, inclusive, a decisão do Recurso Especial nº 1.183.383, cujo relator, o ministro Luiz Fux, definiu que as contribuições previdenciárias no processo de falência têm preferência a todos os demais créditos, até mesmo aos trabalhistas, já que se alinha à Súmula 417 do Supremo Tribunal Federal.³²

Fábio Ulhôa ressalta ainda uma exceção normativa no tocante à preferência que pode ser dada aos créditos tributários. Veja-se:

Quando o falido for sociedade de crédito imobiliário, os titulares de letras imobiliárias de sua emissão **têm direito de**

³⁰ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

³¹ Art. 188. São extraconcursais os créditos tributários decorrentes de fatos geradores ocorridos no curso do processo de falência. §1º Contestado o crédito tributário, o juiz remeterá as partes ao processo competente, mandando reservar bens suficientes à extinção total do crédito e seus acrescidos, se a massa não puder efetuar a garantia da instância por outra forma, ouvido, quanto à natureza e valor dos bens reservados, o representante da Fazenda Pública interessada. BRASIL. *Lei nº 5.172*, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. ³²Súmula 417 - Pode ser objeto de restituição, na falência, dinheiro em poder do falido, recebido em nome de outrem, ou do qual, por lei ou contrato, não tivesse ele a disponibilidade. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=4284>. Acesso em: 24 abr. 2018.

preferência inclusive sobre a dívida ativa, por força de regra excepcional constante do art. 44, § 2º, da Lei nº 4.380, de 1964. (grifo nosso)³²

2.3 Requerimento de Falência pela Fazenda Pública frente a jurisprudência brasileira

Muitos tribunais espalhados pelos Estados do Brasil já firmaram entendimento no sentido de que a Fazenda Pública não tem legitimidade ativa e nem interesse de agir para propor ação de falência contra o contribuinte devedor, por todos os motivos já expostos.³³

Acontece que a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais submeteu a análise da matéria aos tribunais do estado, de modo a ajuizar vários pedidos de falência dos contribuintes devedores com fundamentos retirados da própria lei falimentar. Dentre todas as ações propostas, uma delas foi julgada no sentido da legitimidade do requerimento da quebra do constituinte, por maioria, pelo Superior Tribunal de Justiça que reformou o acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.³⁴

Contudo, a regra é que não seja aceito o requerimento do fisco. É o que se observa no Recurso Especial nº 287824 de Minas Gerais 2000/0119099-7, onde o ministro relator Francisco Falcão, da Primeira Turma, afirma que a execução fiscal demonstra ser a forma apropriada para as discussões judiciais da dívida ativa da Fazenda Pública, de acordo com o artigo 38 da Lei de Execução Fiscal.³⁵

Não se vislumbra a providência de se promover o protesto da Certidão da Dívida Ativa com o objetivo de requerer a falência de contribuintes, porque essas certidões gozam de liquidez e de certeza, segundo o artigo 3º da Lei nº 6830/80.³⁶

³² COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 416.

³³ CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito empresarial esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2014.

³⁴ REFORMA de lei poderá autorizar pedido de falência pelo Fisco. Disponível em: <<http://www.cnf.org.br/noticia/-/blogs/reforma-de-lei-podera-autorizar-pedido-de-falencia-pelo-fisco>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

³⁵ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Recurso Especial nº 287824 MG 2000/0119099-7*. Relator Ministro Francisco Falcão. Primeira Turma. 20 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7176046/recurso-especial-resp-287824-mg-2000-01190997?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 13 abr. 2018.

³⁶ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Recurso Especial nº 287824 MG 2000/0119099-7*. Relator Ministro Francisco Falcão. Primeira Turma. 20 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7176046/recurso-especial-resp-287824-mg-2000-01190997?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 13 abr. 2018.

É confirmado também no acórdão que se configura coação moral a pretensão de o Fisco pedir a falência dos devedores tributários, em razão das repercussões negativas de um ajuizamento de falência contra o solvente.³⁷

Por isso, a Primeira Turma do STJ decidiu que não deve vigorar o pedido de falência formulado pela Fazenda Pública. Observa-se:

TRIBUTÁRIO E COMERCIAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PROTESTO PRÉVIO. DESNECESSIDADE. PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ. ART. 204 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. FAZENDA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE LEGITIMAÇÃO PARA REQUERER A FALÊNCIA DO COMERCIANTE CONTRIBUINTE. MEIO PRÓPRIO PARA COBRANÇA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. LEI DE EXECUÇÕES FISCAIS. IMPOSSIBILIDADE DE SUBMISSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO AO REGIME DE CONCURSO UNIVERSAL PRÓPRIO DA FALÊNCIA. ARTS. 186 E 187 DO

CTN. I - A Certidão de Dívida Ativa, a teor do que dispõe o art. 204 do CTN, goza de presunção de certeza e liquidez que somente pode ser afastada mediante apresentação de prova em contrário. II - A presunção legal que reveste o título emitido unilateralmente pela Administração Tributária serve tão somente para aparelhar o processo executivo fiscal, consoante estatui o art. 38 da Lei 6.830/80. III - Dentro desse contexto, revela-se desnecessário o protesto prévio do título emitido pela Fazenda Pública. **IV - Afigura-se impróprio o requerimento de falência do contribuinte comerciante pela Fazenda Pública, na medida em que esta dispõe de instrumento específico para cobrança do crédito tributário.** V - Ademais, revela-se ilógico o pedido de quebra, seguido de sua decretação, para logo após informar-se ao Juízo que o crédito tributário não se submete ao concurso falimentar, consoante dicção do art. 187 do CTN. VI - **O pedido de falência não pode servir de instrumento de coação moral para satisfação de crédito tributário. A referida coação resta configurada na medida em que o art. 11, § 2º, do Decreto-Lei 7.661/45 permite o depósito elisivo da falência.** VII - Recurso especial improvido (grifo nosso).³⁸

³⁷ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Recurso Especial nº 287824 MG 2000/0119099-7. Relator Ministro Francisco Falcão. Primeira Turma. 20 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7176046/recurso-especial-resp-287824-mg-2000-01190997?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 13 abr. 2018.

³⁸ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Recurso Especial nº 287824 MG 2000/0119099-7*. Relator Ministro Francisco Falcão. Primeira Turma. 20 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7176046/recurso-especial-resp-287824-mg-2000-01190997?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 13 abr. 2018.

3 INTERESSE DE AGIR DO FISCO

Segundo Fábio Konder Comparato percebe-se que pela execução fiscal nem sempre a Fazenda Pública conseguia receber o crédito tributário devido, por diversos motivos. Frequentemente não eram encontrados bens penhoráveis suficientes no patrimônio do contribuinte devedor, o que poderia ocorrer por vários motivos, ou em razão do pagamento das obrigações vencidas, ou em decorrência de outras execuções propostas por outros credores contra o devedor insolvente e já executadas quando da constituição do crédito tributário.³⁹

Os doutrinadores que defendem o interesse de agir da Fazenda pela via judicial falimentar, entendem que o fisco se vê obrigado a defesa de seus interesses por meio dessas medidas revocatórias falimentares. A execução fiscal, segundo eles, não teria eficiência quando da penhora de bens do executado, o que é mais certo no processo de falência.⁴⁰

Contudo, a maioria dos juristas discorda deste posicionamento, e entende que a execução coletiva é sempre mais prejudicial ao devedor em crise patrimonial, e portanto, deve ser evitada sempre que possível, o que é o caso da relação com fisco uma vez que há um procedimento mais adequado para a satisfação do crédito.⁴¹

Importante salientar a influência da Teoria da Preservação da Empresa, no que tange a necessidade de associar a ideia de que o caminho mais razoável será sempre garantir a continuação do funcionamento da atividade empresária. Com isso, deve-se resguardar a personalidade jurídica da empresa, em vez de tentar eliminá-la, quando outra solução puder ser tomada, sempre afastando a sua quebra.⁴²

O que deve prevalecer é o equilíbrio das relações jurídicas na busca pela cobrança do que é devido de forma mais branda para a empresa, lembrando que os prejuízos de sua quebra são ruins para a mesma, mas seus reflexos são muito piores para a sociedade, e também para o fisco.⁴³

³⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *Falência: legitimidade da Fazenda Pública para requerê-la*. São Paulo: RT, [s.d.].

⁴⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *Falência: legitimidade da Fazenda Pública para requerê-la*. São Paulo: RT, [s.d.].

⁴¹ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

⁴² CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito empresarial esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁴³ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

Por fim, pelos motivos abordados acima vislumbra-se a falta de interesse de agir do fisco, uma vez que se houver a quebra da empresa, haverá também mais desemprego, menos circulação de bens e serviços, menos impostos indiretos, e maior impacto econômico.

3.1 A execução fiscal e a falência

A inclusão dos créditos na falência não é da mesma forma que se procede na recuperação judicial, em razão dos respectivos tratos legais, ou porque, na execução coletiva, o objetivo principal não é mais a preservação da empresa, outrossim, a arrecadação e a venda do ativo para o pagamento do passivo, observado o princípio da *par conditio creditorum*.⁴⁴

No processo de Falência, a inserção dos créditos tributários observa uma determinada ordem hierárquica de preferência entre pessoas jurídicas de direito público, sendo pagos em primeiro lugar os créditos tributários da União, em segundo lugar os créditos tributários estaduais, em terceiro os créditos tributários do município, de acordo com o artigo 187, parágrafo único, I, II e III, do Código Tributário Nacional.⁴⁵

Assim, é possível afirmar que o fisco pode requerer a homologação do seu crédito no processo de falência, contudo, quando se fala na hipótese da Fazenda Pública pedir o processamento da falência do contribuinte, os argumentos mais robustos são no sentido da ilegitimidade já que a corrente majoritária apresenta argumentos legais e sociais nesse âmbito.⁴⁶

De acordo com o artigo 38 da Lei nº 6.830 de 1980, não há pressuposto legal que autorize o requerimento do processo de Falência pela Fazenda Pública, já que só

⁴⁴ SALOMÃO, Luis Felipe. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 240.

⁴⁵ Art. 187 - A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento. Parágrafo único. O concurso de preferência somente se verifica entre pessoas jurídicas de direito público, na seguinte ordem: I - União; II - Estados, Distrito Federal e Territórios, conjuntamente e pró rata; III - Municípios, conjuntamente e pró rata. BRASIL. *Lei nº 5.172*, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>.

⁴⁶ CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito empresarial esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2014.

se admite a discussão judicial da dívida ativa do fisco em execução, na forma da referida lei, salvo determinadas hipóteses, como a ação de repetição de indébito.⁴⁷

O artigo 171 do Código Tributário Nacional traz a alternativa de celebração de transação, por meio de concessões mútuas, quando houver litígio, de modo a extinguir o crédito tributário devido. Contudo, o processamento de falência não abarca possibilidades neste sentido, razão pela qual se descarta o alinhamento desta disposição ao pedido de falência pela Fazenda Pública.⁴⁹

3.2 Projeto de reforma da Lei de Falência

Uma proposta de reforma da Lei de Recuperação e Falências vem sendo discutida durante meses pelos juristas em conjunto com o Ministério da Fazenda, principalmente sobre o ponto que versa sobre a possibilidade do Fisco solicitar a falência de uma empresa que se encontre em processo de recuperação judicial, o que hoje não é expressamente permitido pela Lei nº 11.101 de 2005.⁵⁰

Segundo o projeto de lei, as empresas terão mais prazo para quitar os seus débitos fiscais, e assim, haverá um equilíbrio na relação entre contribuinte e Fazenda Pública. Entretanto, o Estado poderá solicitar a falência de uma empresa que esteja passando por um processo de recuperação judicial, para que a Receita possa participar efetivamente deste processo e garantir seu crédito.⁴⁸

O texto definitivo do anteprojeto ainda não foi apresentado ao Congresso, e em razão disso a Fazenda Pública ainda não se manifestou sobre o assunto, entretanto, se especula que o projeto de lei tenderá a priorizar o controle dos juros por parte da Fazenda Pública. O ministro da Fazenda Henrique Meirelles confirmou que o projeto de lei já foi entregue na Casa Civil, onde passará por uma análise formal antes de ser encaminhado ao Congresso.⁵²

Para alguns advogados o fato é que determinados credores, como o fiduciário, não abaixam a taxa de juros se estiverem fora do processo. Nesse sentido, não é razoável e tampouco é o objetivo da lei, que ela alcance os interesses só do Tesouro,

⁴⁷ Art. 38 - A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do

⁴⁸ REFORMA de lei poderá autorizar pedido de falência pelo Fisco. Disponível em: <<http://www.cnf.org.br/noticia/-/blogs/reforma-de-lei-podera-autorizar-pedido-de-falencia-pelo-fisco>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

mas sim que vise a manutenção econômica da sociedade, sem deixar de lado as expectativas da empresa e dos consumidores.⁴⁹

O ponto principal é conseguir um melhor parcelamento dos débitos tributários, de modo que fosse proporcional ao montante devido, e consequentemente, quanto maior a dívida da empresa, mais extenso seria o prazo para liquidá-la. O artigo 43 da Lei nº 13.043, de 2014, que inseriu artigo 10-A na Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, beneficia essas empresas com um parcelamento de até 84 vezes, que é um prazo bem menor do que o prazo de 180 vezes concedido no Refis, por exemplo.⁵⁰

Em geral o maior passivo das empresas em processo de recuperação judicial é relativo a débitos tributários com o Fisco, por esse motivo, um parcelamento adequado é um requisito para a preservação dessas empresas, para que tenham eficiência no processo de recuperação. Há juristas, inclusive magistrados, que entendem que a lei de parcelamento tributário que se encontra em vigor é ineficaz, e por isso, nem é aplicada pelo Judiciário brasileiro, fato que por si só já dificulta o recebimento desses débitos pela Fazenda Pública.⁵¹

A inclusão na Lei nº 11.101 de 2005 de um artigo que permitirá ao Fisco pedir a falência da empresa, pode garantir o pagamento do débito tributário das empresas em processo de recuperação judicial, que por vezes não liquidam o referido débito em razão da falta de patrimônio para arcar com eles após passar por vários créditos do quadro geral de credores.⁵²

Entretanto, a probabilidade de se ter um agravamento do prejuízo experimentado pela massa falida é ainda maior, além do que são maiores as chances

⁴⁹ SALOMÃO, Luis Felipe. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 246.

⁵⁰ BRASIL. *Lei nº 13.043*, de 13 de novembro de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/L13043.htm>. Acesso em: 23 abr. 2018.

⁵¹ SALOMÃO, Luis Felipe. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 242.

⁵² BOMFIM, Ricardo. *Juristas combaterão mudanças na Lei de Recuperação Judicial pela Fazenda*. Disponível em: <<https://www.dci.com.br/legislacao/juristas-combater-o-mudancas-na-lei-de-recuperac-ojudicial-pela-fazenda-1.602239>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

de se perfazer o recebimento do montante tributário por meio da Execução Fiscal, que via de regra é o meio mais adequado.⁵³

3.3 Restituição das contribuições previdenciárias descontadas pela massa falida

Segundo o entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça, as restituições das contribuições previdenciárias pagas ao empregado, mas que não foram repassadas ao erário público, terão preferência aos demais créditos no processo de falência, e serão recebidas antes inclusive das trabalhistas.

De acordo com o Ministro Luiz Fux no Recurso Especial nº 1.183.383, em que foi relator, afirmou que as contribuições previdenciárias no processo de falência têm preferência a todos os demais créditos, inclusive aos trabalhistas.⁵⁴

Se observa que a decisão tomada no Superior Tribunal de Justiça se alinha ao que dispõe a Súmula 417 do Supremo Tribunal Federal, já que trata da possibilidade de restituição dos valores em poder do falido em nome de outrem. Ressalta-se que a referida súmula foi publicada antes da promulgação da Lei nº 11.101 de 2005.⁵⁵

Por fim, esse também é um argumento utilizado pela corrente favorável ao requerimento da falência pelo fisco, uma vez que a preferência dessas contribuições previdenciárias, tem uma execução mais eficaz pela Fazenda Pública por meio da falência, em vez da execução fiscal comum.

4 CONCLUSÃO

A partir da análise crítica do presente artigo, é possível entender o interesse de agir da Fazenda Pública, ou a sua falta, no requerimento de falência. Foi abordado

⁵³ REFORMA de lei poderá autorizar pedido de falência pelo Fisco. Disponível em: <<http://www.cnf.org.br/noticia/-/blogs/reforma-de-lei-podera-autorizar-pedido-de-falencia-pelo-fisco>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

⁵⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Recurso Especial nº 1183383 RS 20100036272-4*. Primeira Turma. Relator Ministro Luiz Fux. 18 de outubro de 2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17059864/recurso-especial-resp-1183383-rs-2010-00362724/inteiro-teor-17059865?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

⁵⁵ Súmula 417 - Pode ser objeto de restituição, na falência, dinheiro em poder do falido, recebido em nome de outrem, ou do qual, por lei ou contrato, não tivesse ele a disponibilidade. BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=4284>. Acesso em: 24 abr. 2018.

as alterações feitas no projeto de reforma da Lei de Recuperação Judicial e Falência com relação a legitimidade e ao interesse de agir do fisco.

Com a análise da doutrina favorável e desfavorável sobre o assunto foi possível destacar alguns pontos coerentes e relevantes de cada uma, até se perceber pela prevalência da corrente majoritária como a desfavorável à admissibilidade de legitimação da Fazenda Pública para o requerimento da falência do contribuinte insolvente.

A jurisprudência brasileira está pacificada no sentido da ilegitimidade da Fazenda Pública requerer o processo de falência do contribuinte, ainda que se apresente um ou outro julgado favorável a esse pedido. O STJ já se posicionou em diversos Recursos Especiais no sentido da preferência pela Execução Fiscal para a cobrança dos débitos fiscais, em vez da quebra da empresa para satisfação da pretensão do fisco.

Conclui-se que o meio mais adequado de saldar o débito fiscal é a execução fiscal, ressalvado as hipóteses excludentes do art. 38 da Lei nº 6.830/80. Assim, o pedido de falência pelo fisco gera uma probabilidade ainda maior de se ter um agravamento do prejuízo experimentado pelo falido, além do que são maiores as chances de se perfazer o recebimento do montante tributário por meio da Execução Fiscal, que via de regra é o meio mais adequado.

Por fim, com a análise da teoria da preservação da empresa e análise do Código Tributário Nacional foi possível constatar que a Fazenda Pública não tem legitimidade, e tampouco interesse de agir no pedido de Falência contra o contribuinte. Ademais, o projeto de reforma da lei de falência, dentre outros pontos, não deve vigorar quanto à legitimidade do Estado nesse sentido, já que a quebra da empresa é mais severa para o devedor, para a sociedade e para o próprio fisco.

REFERÊNCIAS

BOMFIM, Ricardo. *Juristas combaterão mudanças na Lei de Recuperação Judicial pela Fazenda*. Disponível em: <<https://www.dci.com.br/legislacao/juristas-combater-o-mudancas-na-lei-de-recuperac-o-judicial-pela-fazenda-1.602239>>. Acesso em: 18 abr.2018.

BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 mar. 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/111101.htm>.

BRASIL. *Lei nº 13.043*, de 13 de novembro de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/L13043.htm>. Acesso em: 23 abr. 2018.

BRASIL. *Lei nº 5.172*, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>.

BRASIL. *Lei nº 6.830*, de 22 de setembro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm>.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=4284>. Acesso em: 24 abr. 2018.

CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito empresarial esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. *Falência: legitimidade da Fazenda Pública para requerê-la*. São Paulo: RT, [s.d.].

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Recurso Especial nº 287824 MG 2000/0119099-7*. Relator Ministro Francisco Falcão. Primeira Turma. 20 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7176046/recurso-especial-resp-287824-mg-2000-01190997?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 13 abr. 2018.

REFORMA de lei poderá autorizar pedido de falência pelo Fisco. Disponível em: <<http://www.cnf.org.br/noticia/-/blogs/reforma-de-lei-podera-autorizar-pedido-de-falencia-pelo-fisco>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.1.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Recurso Especial nº 1183383 RS 20100036272-4*. Primeira Turma. Relator Ministro Luiz Fux. 18 de outubro de 2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17059864/recurso-especial-resp->

1183383-rs-2010-00362724/inteiro-teor-17059865?ref=juris-tabs>. Acesso em: 24 abr. 2018.

SALOMÃO, Luis Felipe. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 3.

O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA JUSTIFICA A ELISÃO DA FALÊNCIA MEDIANTE O DEPÓSITO PARCIAL E EXTEMPORÂNEO

THE COMPANY PRESERVATION PRINCIPLE JUSTIFIES THE BANKRUPTCY AVOIDANCE BASED ON THE PARTIAL AND EXTEMPORANEOUS DEPOSIT

Bruno da Silva Florêncio¹

RESUMO

A Lei nº 11.101/2005, ao normatizar a recuperação de empresas e falência no ordenamento jurídico brasileiro, regulou um verdadeiro processo excessivamente rigoroso quanto à formalidade. No entanto, o legislador também elegeu como fundamentos de interpretação e aplicação da sobredita Lei o princípio da preservação da empresa, sua função social e viabilidade econômica. Nessa perspectiva, por muitas vezes, é exigido do intérprete da Lei uma postura mais flexível visando à manutenção da atividade empresarial. Demonstra essa relativização do aplicador a crescente aceitação de pagamento extemporâneo e parcial do depósito elisivo para garantir a subsistência da unidade produtiva.

Palavras-chave: Falência. Depósito elisivo. Preservação da empresa.

ABSTRACT

The Law nº 11.101/2005, when normalizes the recovery of the companies and bankruptcy in the brazilian legal order, ruled a truly process extremely strict when it comes to the formality. However, the lawmaker also elects as foundations of interpretation and application of the company's preservation principle, its social function and economic viability. Therefore, for many times is required from the law's interpreter a more flexible understanding aiming the maintenance of the business activity. This relativisation from the applicator shows a growing acceptance of extemporaneous and partial payment of the avoidance deposit to guarantee the production unit subsistence.

Keywords: Bankruptcy. Avoidance deposit. Company's preservation.

¹ Advogado e Analista de investimentos, graduado em Direito pelo Centro Universitário Estácio de Brasília, aluno da pós-graduação lato sensu em Direito Empresarial e Contratos do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB/ICPD, bs.florencio@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

De acordo com o art. 94 da Lei nº 11.101/05 ("Lei de Recuperação de Empresas" ou "LRE"), a falência do devedor empresário poderá vir a ser decretada com base na impontualidade do pagamento de obrigação constante de título executivo cujo valor ultrapasse quarenta salários mínimos; que, no curso do processo de execução, não paga, não deposita ou nomeia bens à penhora; ou que pratique qualquer dos atos descritos no inciso III do aludido dispositivo legal – Atos de Falência ou Atos Temerários.

O devedor, por outro lado, possui meios para se insurgir do pedido de falência, seja requerendo a sua recuperação judicial, seja apresentando justificativa para o inadimplemento, ou para afastar os indícios de exercício ruinoso da atividade. Também é conferido ao devedor empresário a oportunidade de reconhecer a procedência da dívida e efetuar o pagamento, afastando a presunção de insolvência jurídica – Depósito Elisivo.

Nessa linha, se o devedor efetuar o depósito, no prazo para a contestação, diz a Lei que a falência será elidida. Noutros termos, pode até ser que o pedido do autor seja julgado procedente, porém o pagamento da quantia devida afasta a presunção de insolvência, de modo que o magistrado não poderá determinar a derrocada do devedor empresário.

O devedor tem 10 (dez) dias para apresentar contestação, de igual modo, possui 10 (dez) dias para efetuar o depósito com a finalidade de obstaculizar a falência. O citado depósito deve ser efetivado na integralidade do valor devido, acrescidos de correção monetária, juros e honorários advocatícios.

Advém que o julgador esbarra com situações em que o empresário não cumpre em tempo hábil a obrigação de pagamento da dívida, mas, depois de transcorrido o prazo para a contestação, se mostra apto a saldá-la (“Depósito Extemporâneo”). Há ainda situações em que o devedor não deposita a integralidade do inadimplemento (“Depósito Parcial”).

Diante desses casos, a aplicação pura e simples da letra da lei não atenderia ao fim a que ela fora proposta, daí a razão de, com fulcro nos princípios orientadores da LRE, notadamente o da preservação da empresa, o magistrado pode vir a afastar a quebra e oportunizar à manutenção da unidade produtiva.

À vista disso, o presente artigo visa a demonstrar a possibilidade de o magistrado aceitar o depósito extemporâneo ou depósito parcial para afastar a derrocada da empresa, com respaldo no princípio da preservação da empresa.

2 PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

Não é sem razão que a Lei 11.101/05 é conhecida como Lei de Recuperação de Empresas, foi assim denominada porque disponibiliza ao devedor empresário mecanismo para superar a crise patrimonial, ou, não sendo possível superá-la, manter a atividade empresarial em funcionamento, ainda que no comando de outro empresário.

O princípio da preservação da empresa pode ser extraído, implicitamente, do art. 170, *caput*, da Constituição Federal de 1988. O citado dispositivo constitucional inaugura uma ordem econômica fundada na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano, demonstrando a importância da manutenção da empresa.

Ao discorrer sobre os fundamentos da sobredita lei, o Senador Ramez Tebet² informa que o texto foi planejado de modo a proporcionar, sobretudo, a superação da crise e manutenção da atividade econômica, destacando que em razão de sua função social, a empresa deve ser preservada sempre que possível, pois gera riqueza econômica e cria emprego e renda, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento social do País. Além disso, a extinção da empresa provoca a perda do agregado econômico representado pelos chamados “intangíveis”, como nome, ponto comercial, reputação, marcas, clientela, rede de fornecedores, know-how, treinamento, perspectiva de lucro futuro, entre outros.

O ilustre Fábio Ulhoa Coelho³ esclarece que o princípio da preservação da empresa visa a preservar a atividade e não o empresário, vejamos:

[...] no princípio da preservação da empresa, construído pelo moderno Direito Comercial, o valor básico prestigiado é o da conservação da atividade (e não do empresário, do estabelecimento ou de uma sociedade), em virtude da imensa

² BRASIL. Senado Federal. Comissão de Assuntos Econômicos. *Exposição de Motivos da Lei nº 11.101/2005*. Parecer n.º 534. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580933>>. Acesso em: 21 jan. 2014.

³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 3. p. 13

gama de interesses que transcendem os dos donos do negócio e gravitam em torno da continuidade deste; [...]

Nesse diapasão, o interesse na conservação da atividade empresarial, é de todos aqueles que se beneficiam da sua capacidade econômica: credores; empregados, em razão dos seus postos de trabalho; consumidores, no que se refere a bens e serviços; Fisco, em virtude da arrecadação de tributos; dentre outros.

A cristalização expressa do citado princípio se deu no art. 47 da LRE, *in fine*:

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.

O artigo alhures dá a entender que a preservação da empresa se aplica somente ao instituto da recuperação judicial, no entanto ele está presente em toda a Lei nº 11.101/05. Na recuperação judicial ou extrajudicial da empresa, objetiva a manutenção da unidade produtora por meio de um planejamento de renegociação de dívidas, alterações na estrutura da empresa e mediante a participação ativa dos credores. Também dispõe de um procedimento especial para que microempresas e empresas de pequeno porte obtenham dilações de prazo no pagamento de dívidas.

Igualmente, a manutenção da atividade empresarial também é evidenciada no instituto da falência, por exemplo, antes de se ultimar a falência, a Lei oferece ao devedor oportunidades para afastar a insolvência jurídica: poderá exercer a ampla defesa ou realizar o depósito elisivo.

Por outro lado, o princípio da preservação da empresa não é absoluto, deve ser sopesado com outros preceitos, *v.g.*, como a da viabilidade econômica. Dessa forma, sendo verificada que a manutenção da atividade pelo empresário não é viável, a falência deve ser decretada.

Ainda nesse caso, o legislador previu situações em que o negócio poderá ser exercido por terceiros com vistas à manutenção da fonte produtora. São muitas as possibilidades de alienação dos bens da empresa que proporcionam o soerguimento da atividade. Dentre elas, a alienação do estabelecimento em bloco, de suas filiais ou de unidades isoladas.

3 DO PEDIDO DE FALÊNCIA E DOS MEIOS PARA IMPUGNÁ-LO

Nos dizeres de Ricardo Negrão⁴ a falência é um processo de execução coletiva, no qual todo o patrimônio de um empresário declarado falido – pessoa física ou jurídica - é arrecadado, visando o pagamento da universalidade de seus credores, de forma completa ou proporcional. É um processo judicial complexo que compreende a arrecadação dos bens, sua administração e conservação, bem como a verificação e o acertamento dos créditos, para posterior liquidação dos bens e rateio entre os credores. Compreende também a punição de atos criminosos praticados pelo devedor falido

A LRE elenca, nos incisos do seu art. 94, algumas situações que, se restarem caracterizadas, autorizam ao credor requerer a falência do empresário. São três: A primeira delas é a impontualidade injustificada, pautada no inadimplemento injustificado de uma obrigação líquida e exigível, materializada em títulos executivos protestados, cuja soma ultrapasse o equivalente a quarenta salários mínimos.

A execução frustrada é caracterizada pela execução de qualquer quantia líquida sem que o devedor pague, deposite ou nomeie bens à penhora suficientes dentro do prazo legal. E, finalmente, os atos de falência exprimem um comportamento desempenhado pelo empresário ou sociedade empresária que denota uma conduta pouco usual, suspeita e ilícita.

Em sendo verificada alguma dessas situações, o credor deverá pugnar pela falência do devedor empresário. Este pedido deve vir instruído de provas que evidenciem o enquadramento nos incisos do art. 94 da LRE, porquanto o ordenamento jurídico brasileiro elegeu o critério jurídico para considerar se uma empresa está ou não apta a permanecer no mercado.

Feito o pedido de falência, instaura-se a fase pré-falimentar.

Obviamente que, em homenagem aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, será oportunizado ao devedor empresário defender-se, no prazo de 10 dias.

A doutrina costuma citar três opções de defesas, as quais podem ser utilizadas em conjunto, como tese subsidiária, ou isoladamente. A primeira delas é o pedido de

⁴ NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 247

recuperação judicial; depois, o devedor pode apresentar contestação e, por fim, efetivar o depósito elisivo, constituído por uma verba no valor do débito, acrescido de juros, correção monetária e honorários advocatícios.

Nos pedidos de falência com base na impontualidade (art. 94, I, da Lei nº 11.101, de 2005) poderão ser apresentadas como matéria de defesa: falsidade do título, prescrição, nulidade de obrigação ou de título, pagamento da dívida, qualquer outro fato que extinga ou suspenda obrigação ou não legitime a cobrança de título, vício em protesto ou seu instrumento, cessação de atividade empresarial há mais de dois anos.

Já quanto aos pedidos fundados na execução frustrada (art. 94, II), é possível que se apresente fato impeditivo, suspensivo ou modificativo do direito do credor. Na ação com suporte na prática de atos ruinosos (art. 94, III) não há discussão sobre a legitimidade de dívida, portanto, a defesa deverá ser direcionada à inoccorrência do ato de falência que tenha sido atribuído à empresa devedora.

Na forma do art. 98 da LRE, quando o pedido de falência tiver por fundamento a impontualidade injustificada ou a execução frustrada, pode o devedor depositar a integralidade do valor devido, acrescido de juros, correção monetária e honorário advocatícios, noticie-se os termos da lei:

Art. 98: Citado, o devedor poderá apresentar contestação no prazo de 10 (dez) dias.

Parágrafo único. Nos pedidos baseados nos incisos I e II do caput do art. 94 desta Lei, o devedor poderá, no prazo da contestação, depositar o valor correspondente ao total do crédito, acrescido de correção monetária, juros e honorários advocatícios, hipótese em que a falência não será decretada e, caso julgado procedente o pedido de falência, o juiz ordenará o levantamento do valor pelo autor.

Já os atos de falência não são amparados por esta prerrogativa, por não constituírem a mera situação de insolvabilidade de devedores, mas fraude aos credores e denotar má-fé do requerido. Em contrapartida, há uma parcela na doutrina que acredita que o depósito pode elidir a falência quando o pedido for fundamentado em ato temerário, pelo menos é o que pensa o douto Fábio Ulhoa Coelho⁵.

⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à nova Lei de Falências e de recuperação de empresas. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 270

Entretanto, a prática de atos de falência denota ausência da boa-fé e probidade mercantil, o que corrobora na insegurança do mercado⁶. São causas de pedir distintas as elencadas no art. 94 da Lei 11.101/2005 e, portanto, justificável que sejam tratadas de forma diferenciada – enquanto a impontualidade injustificada e a execução frustrada exprimem a insolvabilidade do devedor, tem-se nos atos de falência a má-fé com vistas a prejudicar a universalidade de credores.

Por sua vez, o depósito elisivo não tem o viés de comprovar a boa ou má-fé do devedor e sim, mostrar que ao contrário do que se acreditava o devedor não é insolvente, podendo cumprir com suas obrigações frente aos seus credores.

Registra-se que o verbo elidir significa suprimir, eliminar algo; na hipótese da falência, ao designar o depósito de elisivo, estar-se-á remetendo a eliminar, afastar qualquer presunção de insolvabilidade da empresa.

4 O DEPÓSITO ELISIVO PARCIAL E EXTEMPORÂNEO

Como mencionado, o depósito elisivo se traduz na demonstração do devedor de que possui condições de se manter à frente do negócio e retira o foco da insolvência. O devedor pode simplesmente depositar o valor devido, reconhecendo-o. Nesta hipótese, a demanda passaria a ter natureza de cobrança e o magistrado poderia autorizar o levantamento da quantia pelo autor.

Nada obsta, todavia, que o devedor venha a discutir a validade da dívida, mesmo depois de efetivado o depósito. Essa atitude do devedor dá ao depósito natureza de caução e focaliza a discussão na legitimidade do título executivo.

Repisa-se que, se a defesa do devedor empresário for bem-sucedida, ele terá autorização para fazer o levantamento da verba depositada. Mas, se não obtiver êxito em sua contestação, o credor é quem poderá requer o levantamento. Porém, a falência não será decretada em razão do depósito elisivo.

É cediço que o depósito elisivo da falência gera intensas discussões na prática, especialmente acerca do *quantum* depositado e do respeito ao prazo para efetivação do mesmo.

⁶ MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 4. p. 362.

Quanto ao depósito parcial, existem dúvidas se a falta do depósito na sua totalidade impõe a decretação da quebra, conforme frisa Ricardo Negrão⁷, nem sempre, no exíguo prazo de defesa há possibilidade de o devedor se assegurar do valor total do débito, sobretudo porque ainda desconhecido o montante que será arbitrado a título de honorários. Se houver essa dificuldade, o devedor deve depositar o principal e, junto com este, requerer o arbitramento dos honorários e a elaboração de conta para complementação de seu depósito.

Isso porque, a Súmula 29 do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), editada nos anos 1980, ainda na vigência do Decreto-Lei nº 7661/45, preceitua que o próprio depósito elisivo deve compreender, desde logo, a correção monetária, além de juros e honorários de advogado. Perceba que a lei atual incorporou o entendimento jurisprudencial (LRE, art. 98, par. único).

A aplicação rígida da norma legal ou do preceito sumulado conduziria ao reconhecimento da ineficácia elisiva do depósito feito de forma parcial, isto é, o juiz deveria decretar a falência do requerido, acaso não comprove o pagamento do principal, mais correção, mais juros e mais honorários.

Impende destacar que, quando da emissão do entendimento jurisprudencial do STJ, a economia brasileira era significativamente inflacionária, de modo que montante consignado em juízo não representava parte substancial da quantia efetivamente devida, por conta das oscilações nos preços e no valor da moeda.

Nesse trilhar, quando estabilizado o poder de compra da moeda, o Judiciário deve atribuir efeito elisivo ao depósito do principal, denegando a falência; o recebimento dos juros e correção monetária decorreria, nessa hipótese, da execução da sentença denegatória, juntamente com os ônus de sucumbência.

Há que se ponderar ainda que o princípio da preservação da empresa obriga ao julgador a fazer uma interpretação sistemática e lógica do caso concreto. A efetivação do depósito elisivo de forma parcial transportaria a discussão para a legitimidade do crédito, afastando-se da presunção de insolvência⁸.

⁷ NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 280

⁸ Cf. STJ, Resp 604.435/SP, 3ª Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi, Dj 01/02/2006, p.530

Nesse sentido é a opinião do mestre Edilson Enedino das Chagas⁹, o qual assevera que a declaração da derrocada da empresa, em face de um depósito parcial, é muito mais prejudicial ao devedor:

De acordo com a Análise Econômica do Direito, os custos sociais de uma eventual decretação de falência, apesar de um depósito elisivo extemporâneo ou tardio, superam em muito eventual prejuízo do requerente da quebra. Basta lembrar que a decretação da falência poderá envolver a lacração do estabelecimento empresarial (art. 99, inc. XI, da Lei nº 11.101/2005), o que significará a desativação fática do empreendimento, com reflexos quase que irreversíveis em relação à clientela, bem como a cessão do emprego para os colaboradores subordinados (empregados).

Existe ainda situações em que o devedor está negociando extrajudicialmente com o credor e, posteriormente, o referido acordo não vem a se concretizar. *In casu*, o pedido inicial se transfigurou para uma renegociação de dívida e a falência não pode ser decretada, ante à perda do objeto. Sobre o tema, o nobilíssimo Wilges Bruscatto¹⁰ faz a seguinte consideração:

Interessante notar que, se dentro do prazo da contestação o credor requerer o sobrestamento do feito por estar em entendimento com o devedor para composição da lide ou informar acordo ou parcelamento, caso seja improfícua essa tentativa ou o devedor venha a descumprir o acordo feito, existe tendência a não mais ser decretada a falência, pois se caracteriza a concessão de moratória por parte do credor, o que desnatura a impontualidade, impedindo a decretação de falência.

Outro ponto de discussão gravita em torno da possibilidade de relativização do prazo para a realização do depósito, noutras palavras, a possibilidade de o magistrado recepcionar o depósito e, conceder a elisão, depois de transcorridos os 10 (dez) dias da LRE.

Já foi dito que o devedor, nas hipóteses de falência fundada na impontualidade e execução frustrada, tem 10 (dez) dias para apresentar contestação e, querendo, realizar depósito elisivo – afastando a bancorrada.

⁹ CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito empresarial esquematizado*. 5. ed. São Paulo, 2018. p. 766.

¹⁰ BRUSCATTO, Wilges. *Manual de direito empresarial brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 657.

Ressalta-se que o lapso temporal de 10 (dez) dias já representa um avanço, se comparado com a legislação anterior (Decreto nº 7.661/45), porquanto o depósito deveria ser efetivado dentro de vinte e quatro horas (24H).

Interessante a posição de Écio Perin Júnior¹¹, ao comentar o prazo de 10 dias para a consecução do depósito elisivo pelo devedor empresário, que levando em conta o princípio da preservação da empresa, espírito da novel legislação, entendemos que se deve admitir o depósito elisivo extemporâneo, posto que, mesmo com a ampliação do prazo para depósito (10 dias), este ainda é, na prática, difícil de ser cumprido.

É cediço que o aplicador da lei, ao apreciar um pedido de falência, depara-se com situações concretas que a abstração da lei não foi capaz de mensurar. Também é sabido que para alcançar segurança jurídica nos éditos judiciais é indispensável a observância da lei. O julgador deve dizer o direito na medida da vontade da lei.

Os princípios da preservação da empresa, função social da empresa e viabilidade econômica também devem nortear a interpretação do magistrado. Na verdade, esses princípios orientam a aplicação da LRE.

A jurisprudência tem sido receptiva à possibilidade de conceder ao devedor a oportunidade de ter elidida a falência em razão de depósito ou acordo extemporâneo celebrado entre as partes. Em casos concretos, o fundamento da manutenção do negócio e menor prejuízo para a economia tem levado juízes a permitir essa prática.

O posicionamento de tribunais tem reforçado as circunstâncias de depósito ou acordo realizados a destempo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FALÊNCIA. QUEBRA DECRETADA COM BASE NA IMPONTUALIDADE. ART. 94, I, DA LEI 11.101/2005. PAGAMENTO INTEGRAL. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. REVOGAÇÃO DA FALÊNCIA. Deve ser levantada a quebra da recorrente, tendo em vista que a decretação da falência foi feita com base na impontualidade, ou seja, na falta de pagamento de obrigação líquida e certa no seu vencimento, tendo, contudo, após a decretação da quebra, a recorrente pago a integralidade do débito, inclusive com seus consectários legais. O depósito realizado mesmo após a decretação da quebra tem o condão de elidir a falência decretada. Deve ser aplicado à hipótese o princípio da preservação da empresa, devendo este prevalecer sobre o rigorismo formal. (TJRS.

¹¹ Écio Perin Júnior: Curso de direito falimentar. P.146

Agravo de Instrumento n. 70045338365, Relator: Des. Romeu Marques Ribeiro Filho. Data da decisão: 14.12.2011).

COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. FALÊNCIA DECRETADA. ACORDO CELEBRADO APÓS O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. HOMOLOGAÇÃO PRÉVIA DA TRANSAÇÃO. POSSIBILIDADE. PROCESSO FALENCIAL. EXTINÇÃO. I. Possível a homologação de acordo entre a autora do pedido de quebra e a devedora, quando celebrado posteriormente ao julgamento da apelação que decretou a falência, configurado, no caso, o propósito de mera cobrança de dívida executável, indemonstrado o estado de insolvência. II. Transação homologada, recurso especial não conhecido, por prejudicado (STJ. Resp n.º 602.107 - MG (2003D 0194419- 5). Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Julgado em 15/12/2009).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Se, mesmo no curso do processo de falência, o devedor satisfaz sua obrigação com o credor – e, pois, demonstra não ser insolvente – pode o Magistrado, atendendo aos fins sociais da lei, deixar de decretar-lhe a quebra (art. 1.º do Decreto-Lei n.º 7.661/45). O Decreto-Lei n.º 7.661/45 deve interpretar-se à luz da Constituição Federal de 1988 e, destarte, fomentar a preservação “da empresa econômica viável, ainda que atravesse dificuldades financeiras transitórias” (cf. Carlos Alberto Farracha de Castro, in Rev. Tribs., vol. 776, p. 90). Princípio esse de grande sabedoria e relevo social, que a nova Lei de Falências (Lei n.º 11.101/2005) consagrou em seu art. 47, in verbis: “A recuperação judicial tem por objetivo a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”. A aceitação de pagamento parcial do débito, circunstância que equivale a moratória, elide a falência (cf. Rev. Tribs., vol. 777, p. 261; Rel. Roberto Stucchi). (TJSP - AI n.º 359.785-4/0-00-Mirassol-SP; 4.ª Câ. de Direito Privado; Rel. Des. Carlos Biasotti; j. 28/4/2005; v.u.).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECRETAÇÃO DE FALÊNCIA - O valor inicialmente pretendido pela credora, ora agravada, foi substancialmente reduzido quando da prolação da r. decisão recorrida - Precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça aceitam o depósito elisivo extemporâneo. Aceita a possibilidade do depósito elisivo tardio, com maior razão deve ser aceito,

neste caso, a concessão do prazo de 10 (dez) dias para realização de depósito elisivo, pois houve grande redução no valor, de fato, devido. RECURSO PROVIDO, COM OBSERVAÇÃO (TJSP. AI 414605020128260000-SP 004146050.2012.8.26.0000. 2.ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator: Roberto Mac Cracken. Julgamento: 6/11/2012).

À vista de ter o legislador eleito o princípio da preservação da empresa como norte para a interpretação da LRE, diante da possibilidade de manutenção da atividade econômica produtiva, deve ser sopesado o rigor da lei frente à necessidade de manutenção da atividade empresarial, desde que seja razoável a preservação da empresa e constatado não haver prejuízos adicionais a terceiros, a decisão de derrocada deverá ser afastada.

5 CONCLUSÃO

A falência é um instituto utilizado para retirar do mercado empresas que não tenham a capacidade de promover sua manutenção e se constitui cada dia mais como um importante meio para a saudável relação negocial do mercado.

Por sua vez, o fato de o credor ter requerido a falência de algum devedor empresário não desagua na decretação da falência sem que o devedor se manifeste a respeito. Há mecanismos de defesa que impedem seja decretada a falência de uma empresa, como o depósito elisivo, que exsurge para fazer emergir a possibilidade de manutenção de uma unidade produtiva, afastando a presunção de insolvabilidade da referida.

Mais do que a mera discussão do débito, o depósito elisivo é capaz de promover a elisão do pedido de falência, embora subsista a discussão da procedência ou não da ação. Na verdade, o depósito elisivo é um importante mecanismo econômico a disposição das empresas que tenham ameaçada o desenvolvimento de suas atividades, mas possuem plenas condições de permanecerem no mercado.

O exame das circunstâncias concretas que podem acarretar a falência de uma empresa deve ser feito para propiciar uma condução justa do processo falimentar, garantindo uma prestação jurisdicional adequada. Busca-se segurança jurídica a partir do texto da lei, mas o excessivo rigor formal prejudica uma solução apropriada à necessidade das partes.

Assim, a análise da situação concreta deve ser feita com fundamento em princípios como a função social da empresa, a continuidade da atividade e sua viabilidade econômica. O dinamismo das práticas negociais e a importância da empresa na geração de riquezas tem exigido do julgador uma visão diferenciada na aplicação do direito.

Diante de tais perspectivas, a jurisprudência tem se mostrado aberta a uma interpretação sistemática do diploma legal, autorizando a elisão da falência a partir do depósito parcial ou mesmo tardio, já que o prejuízo ao credor será diminuto.

Entretanto, a preservação da empresa não representa um princípio absoluto. Verificada a inviabilidade econômica do negócio, a falência deve ser decretada, evitando-se maiores prejuízos para a coletividade de credores e no âmbito de influência da atividade. Cada caso deve ser visto de forma pontual, aplicando-se a medida adequada à situação econômica da empresa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Senado Federal. Comissão de Assuntos Econômicos. *Exposição de Motivos da Lei nº 11.101/2005*. Parecer n.º 534. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580933>>. Acesso em: 21 jan. 2014.

BRUSCATO, Wilges. *Manual de direito empresarial brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011

CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito empresarial esquematizado*. 5. ed. São Paulo, 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 3.

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 4.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2011.

OS PROBLEMAS JURÍDICOS NO PARCELAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO NAS RECUPERAÇÕES JUDICIAIS

THE LEGAL PROBLEMS IN THE INSTALLMENT OF TAX CREDIT IN JUDICIAL RECOVERY

Daniel Franco Ferreira¹

RESUMO

Trata-se de artigo no qual se pretende analisar a situação legal do direito ao parcelamento das dívidas de natureza tributária em ações falimentares com pedido de recuperação judicial, conforme o disposto nos arts. 57 da Lei nº 11.101, 191-A do Código Tributário Nacional e 10-A da Lei nº. 10.522, no qual aborda-se, preliminarmente, assuntos propedêuticos relativos ao tema, tais como a finalidade da recuperação judicial, as exigências legalmente estabelecidas para sua concessão e a natureza do direito ao parcelamento para fins de recuperação judicial.

Palavras-chave: Recuperação judicial. Parcelamento do crédito tributário. Direito tributário.

ABSTRACT

There is here an article in which it's intended to analyze the legal situation of the installment of tax debts rights in bankruptcy suits with request for judicial recovery, according to the text of the articles 57 of Federal Law nº 11.101, 191-A of the National Tax Code and 10-A of Federal Law nº 10.522, in which preliminarily is analyzed preparatory matters related to the topic, such as the purpose of judicial recovery, the legal requirements established to the concession and the nature of the installment right on judicial recoveries.

Keywords: Judicial recovery. Tax credit installment. Tax law.

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei nº. 11.101, em 2005, diversas foram as inovações ao direito concursal. Embora não se tenha havido pretensões de unificá-lo, de modo que

¹ Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais – IBMEC, graduado em Direito, com concentração em Direito Empresarial, pelo Centro Universitário de Brasília – Uniceub, é advogado na cidade de Brasília, com escritório em SMPW 17 Conjunto 1 Lote 1 H, Park Way, Brasília/DF, CEP 70.740-718 e endereço eletrônico em francoferreiraadv@gmail.com.

continuamos tendo em nosso ordenamento outras duas modalidades de concurso de credores, o processo de insolvência civil e a liquidação extrajudicial, tivemos a substituição da concordata prevista no Decreto-Lei nº 7.661, pelos institutos da recuperação judicial e extrajudicial.

Ainda, deu-se nova regência aos processos de falência, cujas regras de direito material e processual foram sobremaneira modificadas, trazendo uma sistemática inédita ao direito falimentar.

Nessa nova sistemática, tivemos a possibilidade de empresas em dificuldades financeiras, no intuito de permanecerem no mercado, convencer seus credores de sua viabilidade e oferecer-lhes novas propostas de adimplemento por meio de um plano de recuperação. No entanto, tal plano, em razão da indisponibilidade do interesse público, não abrange propostas ao credor tributário.

Desta maneira, a questão da quitação dos tributos devidos pelo devedor em crise econômico-financeira traz por si só uma problemática, uma vez que as dívidas de natureza tributária quase sempre compõem a maior parte de seu passivo.

O Estado, por sua vez, atuando neste processo por meio de seu Poder Judiciário, é figura que tem por escopo a pacificação de conflitos entre interesses particulares de credores e do devedor, e a pacificação de conflitos com o interesse público, inerente aos processos falimentares, tal como o de pagamento das dívidas tributárias.

Em atendimento aos princípios constitucionais da preservação da empresa e da capacidade contributiva, impõe-se aos legisladores federal, estadual e municipal a obrigação de editar lei específica sobre o parcelamento do crédito tributário das sociedades em recuperação judicial, em conformidade com as determinações da legislação falimentar e tributária.

Nesse sentido, a fim de sanear a omissão legislativa que durou quase uma década, em 2014 sobreveio a Lei nº. 13.043, por meio da qual se instituiu a possibilidade de parcelamento de dívidas de natureza tributária com a União às empresas em recuperação judicial. No entanto, o novel diploma condicionou o exercício do direito sobredito a requisitos inconstitucionais.

Neste artigo analisaremos tais requisitos. Para tanto, preliminarmente, trataremos de assuntos propedêuticos relativos à finalidade da recuperação judicial,

às exigências legalmente estabelecidas para sua concessão e a natureza do direito ao parcelamento para fins de recuperação judicial.

2 A FINALIDADE DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A recuperação judicial, criada pela Lei nº. 11.101, tem por objeto o redimensionamento das obrigações de empresas em situação de crise. Nesse sentido é o art. 47 da lei:

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.²

É de se notar que o dispositivo acima elenca um rol de finalidades, tais como a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores e, no caso concreto, vez ou outra estes objetivos entrarão em conflito.

Por essa razão, pautando-se pelo princípio da preservação da empresa, o rol de finalidades elencadas não parece constar de forma aleatória. Ao contrário, dado o princípio norteador, a manutenção da fonte produtora precede à do emprego dos credores, bem como ambas precedem à manutenção do interesse dos credores.

Nesse mesmo sentido orienta Manoel Justino Bezerra Filho, que igualmente entende que:

a Lei, não por acaso, estabelece uma ordem de prioridade nas finalidades que diz perseguir, colocando como primeiro objetivo a manutenção da fonte produtora, ou seja, a manutenção da atividade empresarial em sua plenitude tanto quanto possível, com o que haverá possibilidade de manter também o emprego dos trabalhadores. Mantida a atividade empresarial e o trabalho dos empregados, será possível então satisfazer o interesse dos credores. Esta é a ordem de prioridades que a Lei estabeleceu.³

² BRASIL. *Lei nº. 11.101*, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

³ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005*, comentada artigo por artigo. 10. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 144-145.

Apesar disso, a recuperação judicial não é viável em todos os casos. Para que uma empresa em crise econômico-financeira possa obtê-la, é necessário que se cumpra uma série de elementos essenciais: a conjeturação de uma série de atos tendentes a sanar a crise, veiculadas por um plano de recuperação direcionado aos credores; o consentimento destes, aprovando o plano; a concessão por meio de referendo judicial autorizando a aplicação do plano; e o implemento das ações propostas a fim de se superar a crise.⁴

No entanto, toda essa análise feita pelos credores, verdadeiros julgadores do mérito do plano de recuperação, deve ser pautada pela viabilidade da empresa.

Conforme afirma Marlon Tomazette, “apenas empresas viáveis são capazes de justificar os sacrifícios que terão que ser realizados pelos credores na recuperação judicial”, portanto os credores somente aprovarão o plano se vislumbrarem a possibilidade fática do cumprimento do plano, sopesando interesses conflitantes, o ônus da manutenção ou do encerramento da atividade.⁵

3 A COMPROVAÇÃO DA QUITAÇÃO DE DÉBITOS DE NATUREZA TRIBUTÁRIA COMO PRÉ-REQUISITO PARA A CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Anteriormente, ainda sob a égide do Decreto-Lei nº. 7.661, o crédito tributário tinha o seguinte tratamento processual: para o recebimento da inicial do pedido de concordata preventiva, o devedor deveria comprovar a inexistência de execução fiscal em tramitação ou, em havendo execução, a penhora aceita pela Fazenda Pública, conforme o art. 3º. do DecretoLei nº. 858, ao passo que, para que o pedido fosse deferido, o devedor deveria fazer prova da quitação dos tributos, consoante os arts. 174 daquela Lei e o 191 do Código Tributário Nacional, em sua redação original. Este tratamento dificultava sobremaneira a concessão da concordata às empresas em crise que tivessem as dívidas tributárias como parcela relevante do seu passivo a descoberto.

⁴ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2011. v. 3. p. 42-43.

⁵ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2011. v. 3. p. 43.

A Lei nº. 11.101, por sua vez, expurgou do ordenamento as exigências para o recebimento da inicial presentes no Decreto-Lei nº. 858, mantendo como necessária a comprovação da regularidade do crédito tributário para a concessão do pedido recuperatório. É o que se extrai do *caput* do art. 57 da Lei, que determina que:

após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembleia geral e credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção dos credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional.⁶

O art. 191-A do CTN, por sua vez, em sentido semelhante, determina que a concessão de recuperação judicial depende da prova da quitação de todos os tributos. Assim, restou que, de forma unissona, as leis de natureza falimentar e tributária consolidaram a exigência da citada quitação à concessão da recuperação.⁷

4 O PARCELAMENTO COMO DIREITO SUBJETIVO DO CONTRIBUINTE EM VIAS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Com escopo na manutenção de empresas viáveis, dado o interesse social na sua geração e distribuição de riquezas, pretendeu-se conferir às sociedades em recuperação judicial o direito ao parcelamento das dívidas tributárias.

Muito embora haja exigência de comprovação de quitação determinada pelo art. 57 da Lei nº 11.101, temos de considerá-la de forma integrada à disposição do art. 68, o qual dispõe que as Fazendas Públicas e o INSS poderão deferir, nos termos de legislação específica, parcelamento de seus créditos, para fins de recuperação judicial.

A despeito da aparente faculdade para a concessão de parcelamentos pelas Fazendas Públicas e pelo INSS, o § 3º do art. 155-A do Código Tributário Nacional, incluído pela Lei Complementar nº. 118, dirimiu qualquer dúvida sobre o assunto, determinando que “lei específica disporá sobre as condições de parcelamento dos

⁶ BRASIL. *Lei nº. 11.101*, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁷ BRASIL. *Lei nº. 5.172*, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

créditos tributários do devedor em recuperação judicial”, em clara declaração de direito subjetivo do contribuinte na condição de devedor em recuperação.

Conjuntamente, a mesma Lei Complementar igualmente adicionou um § 4º, com o seguinte teor:

§ 4º A inexistência da lei específica a que se refere o § 3º deste artigo importa na aplicação das leis gerais de parcelamento do ente da Federação ao devedor em recuperação judicial, não podendo, neste caso, o prazo de parcelamento ser inferior ao concedido pela lei federal.⁸

Em razão disso, o Conselho de Justiça Federal editou o Enunciado 55 com o seguinte conteúdo:

O parcelamento do crédito tributário na recuperação judicial é um direito do contribuinte, e não uma faculdade da Fazenda Pública, e, enquanto não for editada lei específica, não é cabível a aplicação do disposto no art. 57 da Lei nº. 11.101/2005 e no art. 191-A do CTN.⁹

Portanto, diante da exegese conjunta das leis falimentar e tributária, não restam dúvidas que não se trata de mera faculdade do Estado na condição de ente arrecadante, senão direito líquido e certo do contribuinte em vias de recuperação, sendo-lhes aplicáveis inclusive quaisquer outras leis gerais de parcelamento.

A lei geral de parcelamento citada no supracitado § 4º é a Lei nº. 10.522, de julho de 2002, a qual tem por objeto regular o Cadastro de Inadimplentes e o modo de concessão de parcelamentos pela Fazenda Pública Federal. Em seu art. 10, prescreve-se o seguinte:

Art. 10. Os débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional poderão ser parcelados em até sessenta parcelas mensais, a exclusivo critério da autoridade fazendária, na forma e condições previstas nesta Lei.

No entanto, por força deste dispositivo, vê-se que não há direito subjetivo do contribuinte, o qual não tem direito líquido e certo a este parcelamento em sessenta

⁸ BRASIL. Lei nº. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁹ CHAGAS, Edilson Enedino. *Direito empresarial esquematizado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 1103.

meses, tendo em vista que se trata de prazo fixado a critério exclusivo da autoridade fazendária.

Ainda, não seria factível a aplicação deste dispositivo à situação dos devedores em vias de recuperação, uma vez que o art. 11 da mesma Lei determina, a exceção de empresas optantes pelo Simples, que a concessão do parcelamento fica condicionada à apresentação prévia de garantia real ou fidejussória suficiente para o pagamento do débito, o que claramente torna a já dificultosa concessão de parcelamento por este meio algo impossível, dada a realidade econômica comumente vista nas empresas em crise econômica.

Deste modo, enquanto não houvesse lei específica sobre o tema, sedimentou-se o entendimento no Superior Tribunal de Justiça que não se aplicariam os arts. 57 da Lei nº 11.101 e 191-A do Código Tributário Nacional a fim de exigir do contribuinte requerente de recuperação a prova da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, conforme decisão unânime da Corte Especial, no Recurso Especial nº 1.187.404. É o que se extrai por trechos de sua ementa:

O art. 57 da Lei nº 11.101/2005 e o art. 191-A do CTN devem ser interpretados à luz das novas diretrizes traçadas pelo legislador para as dívidas tributárias, com vistas, notadamente, à previsão legal de parcelamento do crédito tributário em benefício da empresa em recuperação, que é causa de suspensão da exigibilidade do tributo, nos termos do art. 151, inciso VI, do CTN.

O parcelamento tributário é direito da empresa em recuperação judicial que conduz a situação de regularidade fiscal, de modo que eventual descumprimento do que dispõe o art. 57 da LRF só pode ser atribuído, ao menos imediatamente e por ora, à ausência de legislação específica que discipline o parcelamento em sede de recuperação judicial, não constituindo ônus do contribuinte, enquanto se fizer inerte o legislador, a apresentação de certidões de regularidade fiscal para que lhe seja concedida a recuperação.¹⁰

¹⁰ Recurso especial nº. 1.187.404, de Relatoria no Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em 19 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.ibet.com.br/download/REsp%201187404.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

5 A INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 57 DA LEI DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E DO 191-A DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL POR VIOLAÇÃO AO ART. 5º, XIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Argui-se a inconstitucionalidade dos referidos arts., sob o pretexto de que seria defeso condicionar-se a concessão da recuperação à comprovação da regularidade fiscal. O argumento para tal ideia seria a não submissão do credor tributário ao plano de recuperação, uma vez que não vota em assembléia geral de credores e tampouco tem seus direitos atingidos pelo que for deliberado e decidido por ela, de modo a não se sujeitar em nenhuma hipótese à recuperação judicial.

Considerada tal realidade, manter a exigência de prova de quitação ou suspensão de exigibilidade das dívidas tributárias certamente redundaria em uso de meios coercitivos indevidos e oblíquos para forçar o pagamento de tributos, em clara violação ao inciso XIII do art. 5º da Constituição Federal, o qual confere o direito fundamental ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão.¹¹

O Supremo Tribunal Federal, sobre o tema, formou jurisprudência consolidada no sentido da inconstitucionalidade de atos normativos que, direta ou indiretamente, promovam sanções políticas para cobrança de tributo ou cobrança por meios oblíquos. Cite-se como exemplo as Súmulas nº. 70¹², 323¹³ e 547¹⁴.

Ainda, mesmo que não se pudesse arguir a inconstitucionalidade destes dispositivos no tocante a referida exigência, poderia-se arguir que os dispositivos legais atacados vão de encontro ao princípio da razoabilidade, princípio decorrente do Estado de Direito, cujo escopo é validar os atos emanados pelo Poder Público conforme sua adequação, proporcionalidade e necessidade, requisitos essenciais à validade jurídica.

¹¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

¹² Súmula nº. 70: É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.

¹³ Súmula nº. 323: É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.

¹⁴ Súmula nº. 547: Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias e exerça suas atividades profissionais.

Por essas razões, a comprovação da regularidade fiscal como requisito inexorável para a concessão da recuperação judicial deve ser rechaçada, uma vez que não se coaduna com o sistema constitucional vigente.

6 O ARGUMENTO ECONÔMICO DO PREJUÍZO AO INTERESSE PÚBLICO PARA O AFASTAMENTO DA EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUITAÇÃO COMO PRÉ-REQUISITO PARA A CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Sob o aspecto econômico, ainda poderíamos argumentar, o interesse público seria muito mais prejudicado. Ora, não sendo possível a concessão da recuperação ao empresário em crise, somente restaria a decretação de falência. Caso isso ocorra, a situação da Fazenda Pública seria muito mais gravosa, na medida em que se sujeitará ao concurso universal de credores, conforme o rol de preferências do art. 83 da Lei nº. 11.101 e o disposto no parágrafo único do art. 186 do Código Tributário Nacional, o que resultaria menor arrecadação, uma vez que comumente a massa falida resultante da decretação da falência raramente quita todas as obrigações fiscais.

Não é demais lembrar que, além dos créditos extraconcursais e direitos passíveis de restituição, credores trabalhistas e com garantia real terão preferência ao crédito tributário, bem como eventuais multas de natureza fiscal preferirão somente aos créditos subordinados conforme o rol legal.

Dessa maneira, por argumento de natureza econômica, a manutenção de tal exigência de forma engessada é um contrassenso.

7 A CONSTITUCIONALIDADE DOS §§ 1º E 2º, DO ART. 10-A, DA LEI Nº 10.522

Em novembro de 2014, após quase uma década de vigência da Lei nº. 11.101, foi editada a Lei n. 13.043, incluindo o art. 10-A à Lei nº 10.522. Por meio desta alteração, instituiu-se um parcelamento específico para o pagamento das dívidas tributárias das empresas em recuperação. Embora tenha todas as características para preencher os ditames do § 3º do art. 155-A, podendo cumprir a função de lei específica regente da matéria, diversos problemas permaneceram.

Primeiramente, permanecem os problemas relativos às dívidas tributárias com Estados e Municípios, uma vez que se trata de lei federal aplicável tão somente aos tributos de competência da União.

Ainda, igualmente criticáveis, são os termos em que tal disposição busca conceder o parcelamento. Por força dos §§ 1º e 2º, exige-se do contribuinte a inclusão da totalidade dos débitos no pedido de parcelamento, estejam eles inscritos ou não em Dívida Ativa, mesmo que sejam objeto de litígio, bem como condiciona-se a concessão do parcelamento à desistência expressa e irrevogável de qualquer meio de impugnação, ação ou recurso, e quaisquer eventuais alegações de direito sobre as quais se fundem lides administrativas e judiciais.

Vemos, no entanto, inconstitucionalidade em tais disposições. O inciso XXXV, do art.5º, da Constituição Federal, determina que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.¹⁵ Trata-se do denominado princípio da inafastabilidade da jurisdição, base do direito fundamental de ação, cujo conteúdo é, perante o monopólio da jurisdição pelo Poder Judiciário, assegurar o ingresso aos seus órgãos a quem se sentir lesado ou ameaçado em seus direitos.¹⁶

Confrontado com este dispositivo constitucional, haja vista a imposição ao contribuinte de renúncia a um direito constitucionalmente assegurado para a obtenção de parcelamento viabilizador da concessão da recuperação judicial, temos que tal requisito não pode prosperar, não parecendo adequada limitação dessa jaez ao direito de acesso ao Judiciário, inclusive em relação àqueles que sequer estão aptos a persecussão por atos expropriatórios, a exemplo dos débitos não inscritos em Dívida Ativa.

8 CONCLUSÃO

Embora tenha o legislador, mesmo com atraso de quase uma década, instituído o parcelamento específico para as empresas em recuperação judicial, direito subjetivo do empresário em crise econômico-financeira na condição de

¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

¹⁶ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1173-1176.

contribuinte, reputamos inconstitucional as exigências dos §§ 1º e 2º, do art. 10-A, da Lei nº 10.522, uma vez que não se alinham com a ordem constitucional, dado o direito ao parcelamento condicionar-se a requisitos deveras onerosos à empresa em vias de recuperação, em clara violação à inafastabilidade da jurisdição, dificultando a viabilização jurídica da concessão judicial da recuperação, de modo a ir de encontro ao princípio norteador da conservação da empresa.

REFERÊNCIAS

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005*, comentada artigo por artigo. 10. ed. São Paulo: RT, 2014.

BRASIL. *Lei nº 5.172*, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. *Lei nº 10.522*, de 19 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/2002/L10522.htm>. Acesso em: 20 abr. 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/111101.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

CHAGAS, Edilson Enedino. *Direito empresarial esquematizado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *A Lei de Recuperação Judicial e a questão tributária*. 2015. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lei-derecuperacao-judicial-e-questao-tributaria-24022015>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2011. v. 3.

PERSPECTIVAS DA LEI MODELO DA UNCITRAL A RESPEITO DA FALÊNCIA TRANSNACIONAL

PROSPECTS OF THE UNCITRAL MODEL LAW ON TRANSNATIONAL BANKRUPTCY

Gustavo Bermúdez Flórez¹

RESUMO

O presente escrito faz uma referência aos antecedentes da Falência Transnacional em diferentes ordenamentos jurídicos. Em seguida abarca os modelos doutrinários que visualizam este fenômeno comercial a partir de uma concepção territorial, uma concepção universal e finalmente uma concepção mista, materializada na expedição da Lei Modelo de Falência Transnacional da UNCITRAL. Apresenta-se também uma análise dos principais conflitos jurídicos na aplicação do diploma internacional, concluindo com as considerações finais a respeito.

Palavras-chave: Uncitral. Falência transnacional. Insolvência internacional.

ABSTRACT

The present paper makes a reference of the background of Cross border insolvency in different legal systems, after that, it covers the doctrinal models that visualize this commercial phenomenon from a territorial conception, a universal conception and finally a mixed conception, the last one materialized in the expedition of the Cross border insolvency Model Law from UNCITRAL. It also presents an analysis of the main legal conflicts in the application of the international diploma, concluding with some final considerations to the respect.

Keywords: Uncitral. Cross border insolvency. Transnational bankruptcy.

¹ Advogado formado pela Universidade do Rosário com ênfase em Direito Comercial; aluno de segundo semestre de Mestrado em Direito na Universidade do Rosário, Bogotá D.C., Colômbia. Para-legal no escritório Pinilla Plazas y Asociados 2015-2017. Aluno do curso de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

1 INTRODUÇÃO

A expansão do comércio internacional trouxe consigo o assentamento das empresas multinacionais² em diferentes países. A competitividade em novos mercados, os ganhos, os custos da mão de obra e as leis favoráveis dos diferentes ordenamentos jurídicos, tornaram-se os principais fatos de escolha para a abertura de novas sedes comerciais. Com este fenômeno, surgiu a necessidade de regulamentar as atividades das empresas multinacionais. As organizações internacionais têm procurado normas básicas que consigam estabelecer um consenso entre os interesses econômicos destas empresas internacionais e os objetivos de desenvolvimentos dos diferentes países. É deste modo que há surgido as diferentes fontes de “*Soft Law*” nos últimos anos.

As Nações Unidas através de seus organismos para o comércio e o desenvolvimento, assim como a Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional, CNUDMI, (em adiante em suas siglas em inglês, Uncitral) têm consolidado variadas propostas para regular o tráfego mercantil internacional, primeiramente regulando as transferências de bens na “Convenção de Venda

Internacional de Mercadorias” (1968), e em um dos projetos em estudo mais recentes, a “Falência Transnacional” (1995). Este novo fenômeno de regulamentação tornou-se importante já que, se multiplicar os negócios internacionalmente era relevante, não podia ignorar-se o fato do eventual fracasso das empresas multinacionais. Destarte, tornou-se perceptível que com a internacionalização dos negócios, também se internacionalizaram as crises econômicas e as falências internacionais.

Surgiram, então, na doutrina, diferentes correntes de pensamento que tentavam encontrar uma solução estrutural. Foram fundados modelos territorialistas, universalistas e mistos para resolver os problemas das quebras das companhias

² Tendremos una empresa multinacional cuando: A) Se da la existencia de una casa matriz que controla directa o indirectamente un número de corporaciones de varias nacionalidades que conlleva un sistema de producción y de flujos de bienes y servicios, de capital, de tecnología y de recursos humanos que traspasa las fronteras nacionales. B) Involucra una estrategia que envuelve varios mercados que son tratados como si fueran uno solo. C) La acción de la casa matriz y de sus afiliados extranjeros, corresponde a una visión política global, de carácter regional, continente o universal. Cf. GONZÁLES, Carlos. La empresa multinacional o transnacional. In: MATAMOROS Laura Victoria. Estudios contemporáneos de derecho internacional privado. Primera edición, Colombia Legis 2016, págs. 203-227.

multinacionais, as quais tinham múltiplos “pontos de contato” com outros ordenamentos jurídicos, envolvendo conflitos de lei, conflitos de jurisdição e dificuldades de homologação e reconhecimento das sentenças que dispunham de bens e decretavam a falência³.

Entretanto, em mais de trinta anos de estudos, a doutrina ainda não conseguiu chegar a um consenso. Existem tensões entre a soberania dos estados e a tendência harmonizadora das normas de Direito Internacional Privado promulgadas por organismos internacionais como a Uncitral. Evidenciados em termos gerais os principais fatos que giram atualmente em torno à Falência Transnacional proceder-se ao desenvolvimento destas tensões conceituais no presente escrito.

2 DESENVOLVIMENTO DA FALÊNCIA TRANSNACIONAL

2.1 Antecedentes

A Falência Transnacional como fenômeno comercial data do início do século XIV. A doutrina afirma que o primeiro caso registrado de insolvência internacional registrou-se em 1302 na quebra do Banco Ammanati de Pistoia, onde o Clérigo, por a sua legitimação divina na sociedade, pode ser identificado como o primeiro administrador judicial de falência transnacional da história⁴. No caso referenciado, o Banco Ammanati tinha filiais por toda a Europa e os principais devedores em Roma. O patrimônio estava totalmente disperso, mas, com a decretação da falência na

³ Gramaticalmente o termo falência era empregado para designar a condição do comerciante insolvente, tem significado que expressa a visão que à época se tinha dele, qual seja: a de um fraudador, trapaceiro, enganador. Falência origina-se do latim *fallere*, do grego *sphallein*, de onde se chegou à expressão *fallentia*, ou do francês *faliti*, palavras que possuem o significado de defeito, falha, falta, engano ou omissão.... Além, legalmente, faz referencia ao processo judicial de execução coletiva contra o empresário, todavia voltado a “promover o afastamento do devedor de suas atividades, visando a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis da empresa. Cf. CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito empresarial esquematizado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

⁴ O Papa Bonifácio VIII tomou medidas para tentar resolver a situação. Primeiramente, proibiu os donos do Banco disporem de seu patrimônio em Roma e também impediu aos devedores do mesmo que pagassem suas dívidas sem o prévio consentimento da Santa Sé. O resultado da ação da Santa Sé permitiu a arrecadação de parte do patrimônio do devedor para ser distribuído entre seus credores romanos. Cf. BATTELLO, Silvio Javier. *A falência internacional no Mercosul, proposta para uma Solução Regional*. Brasil: Jurua, 2011.

cidade de Pistoia, Itália, conseguiu-se transladar a maioria dos bens para Roma, conseguindo assim pagar todos os credores do banco falido⁵.

No Common Law o antecedente mais próximo, situa-se no século XVIII. Na supremacia dominante do Império Britânico os países do *Commonwealth* desenvolveram o princípio internacional do *Comity* no qual

um Tribunal, membro do Império Britânico ou do Common Law reconheceria outro Tribunal membro do Império ou do seu Sistema Legal e ajudaria na execução da sentença, além de ajudar nominando pessoas para assistir o tribunal estrangeiro.⁶

Uma vez que este princípio é de aplicação geral para o Direito Internacional Público e Privado, se torna ainda mais importante na instituição da Falência Transnacional, visto que os principais fatos neste processo internacional, resultam da coordenação entre os tribunais estrangeiros e da execução e reconhecimento da sentença que decreta a Falência, onde o *Comity* ainda hoje estabelece-se como a base da cooperação jurisdicional nos tribunais do Common Law.

Os antecedentes formais mais próximos da Falência Transnacional vem do Direito europeu, no caso *Barcelona Traction Light & Power Ltd.* de 1970⁷. Neste famoso *Leading case* do Direito Internacional, ocupou-se o patrimônio das sociedades subsidiárias, declarando que este ativo era propriedade da sociedade matriz falida, contudo, não foi declarada a falência das sociedades subsidiárias⁸. A partir desta decisão, entendeu-se que

⁵ The Pope arranged for the safe conduct of the owners back to Rome and directed the clergy in a number of European countries to collect the debts on behalf of the Bank and transmit the funds to Rome for distribution among all the Bank's creditors. Cf. HANNAN, Neil. *Cross-border insolvency: the enactment and interpretation of the UNCITRAL model law*. Australia: Springer, 2017.

⁶ HANNAN, Neil. *Cross-border insolvency: the enactment and interpretation of the UNCITRAL model law*. Australia: Springer, 2017. p. 7

⁷ CARBALLO, Laura. Procedimientos concursales y competencia judicial internacional: análisis de dos conceptos clave CEDEP 2009. In: FERNÁNDEZ Arroyo. DeCITA, derecho del comercio internacional temas y actualidades. *Insolvencia Internacional*. Paraguay, CEDEP, 2009. p. 9-33.

⁸ En España, en el conocido caso de la quiebra de la Barcelona Traction, se produjo la ocupación de todo el activo de las sociedades subsidiarias, declarándose propiedad de la sociedad quebrada, las acciones y obligaciones de las subsidiarias, sin declararse la quiebra de éstas. Cf. RIPPE, Siegbert. *Concursos de los conjuntos económicos*. Montevideo, Uruguay, 1998.

a ocupação das subsidiárias como parte do ativo do processo de falência resulta um instrumento adequado para resolver os problemas de falência da sociedade matriz⁹ (Tradução nossa)

Aliás, no mesmo caso analisado, recusou-se a legitimidade da Bélgica para proteger os acionistas de nacionalidade belga no processo de falência transnacional, enquanto a Barcelona Traction foi constituída conforme as normas canadenses, e unicamente o Canadá poderia impugnar a legalidade da decretação da falência pela justiça espanhola. Pode-se concluir que, no Barcelona Traction os casos de Falência Transnacional durante o século XX existiam, mas não havia um entendimento e nem uma regulamentação adequada. Já no século XXI, pelo fato da internacionalização da economia, os casos de falência transnacional são extraordinariamente frequentes¹⁰.

2.2 Regulação

No final do século XIX, muitos países adotaram legislações que permitiram que seus Tribunais internos cooperassem com os Tribunais estrangeiros, em especial em temas relativos à Insolvência Internacional. Tal foi o caso da adoção em 1889 do Tratado de Montevideo de Comércio Internacional, assinado por Argentina, Bolívia, Colômbia, Paraguai, Peru e Uruguai. No século XX, assinou-se o Código Bustamante¹¹, também conhecido como Código de Direito Internacional Privado de 1928, dispositivo legal que pretendia estabelecer uma normativa comum para América, mas, que não teve muita aceitação posto que muitos países preferiram se

⁹ Miguens analizando el caso Barcelona Traction entiende que "la ocupación de las filiales como parte del activo concursal es un instrumento adecuado para resolver los problemas de insolvencia o descapitalización de una sociedad holding em quiebra". MIGUENS, Héctor José. La ocupación de las sociedades filiales de la quiebra de la sociedad Barcelona traction: lecciones nuevas de un viejo caso concursal de grupos de sociedades en crisis en el derecho español. Revista de Derecho Mercantil. n. 223, Madrid, 1997 apud RIPPE Siegbert. *Concursos de los conjuntos económicos*. Montevideo, Uruguay, 1998.

¹⁰ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA, J. Armas legales contra la crisis económica: algunas respuestas del derecho internacional privado. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 5, n. 1, 2013 apud ORTEGA, José. *Insolvencia en la unión europea, el principio de universalidad en los procedimientos concursales transfronterizos*, 2016 f. 355.Tese (Doctorado en Derecho) – Universidad de Bologna, 2017.

¹¹ Código de Direito Internacional Privado, promulgado pelo Decreto Executivo n.º 18.871, de 13 de agosto de 1929. Ratificaram esta Convenção os seguintes países: Bolívia, Chile, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Equador, Guatemala, Haiti, Honduras, Nicarágua, Panamá, Peru, El Salvador e Venezuela.

reger pelas disposições do anteriormente assinado Tratado de Montevideo¹², e outros como os Estados Unidos não continuaram as negociações para se vincular ao tratado. Estabelecer-se-ia, então, como um dos grandes fracassos das codificações de Direito Internacional Privado desde o âmbito da eficácia.

Com a crises econômica mundial dos anos noventas, muitas empresas transnacionais faliram, motivo pelo qual em 1994 os órgãos da Uncitral decidiram não só adiantar novos estudos a respeito da regulação da Falência Transnacional, como também como possíveis soluções internacionais. Foi assim que três anos depois, em maio de 1997, a Uncitral adotou *The Cross Border Insolvency Model Law*, como uma lei de tendência universal, unificadora nos diferentes ordenamentos jurídicos internacionais. Na prática, esse modelo introduziu-se nos diferentes sistemas jurídicos com significativos efeitos territoriais. Essa tese será aprofundada mais à frente.

Como último antecedente jurídico, tem-se que no começo do século XXI o Conselho da Europa, salientando sua autonomia regulamentária - decidiu expedir o Regulamento No. 1346 de 2000, tendo como finalidade reger os processos de Insolvência internacional dos países do bloco, submetidos ao direito comunitário, afastando-se formalmente de alguns dos conceitos da Lei modelo da Uncitral. As relações jurídicas e comerciais dentro do bloco comunitário precisavam se acoplar a um modelo universal de Falência Transnacional, motivo pelo qual a adoção da lei modelo resultava insuficiente as necessidades europeias.

O conceito da Falência Transnacional continuou se desenvolvendo a partir da doutrina jurídica, de onde ramificaram-se diferentes modelos de aplicação das leis de insolvência internacional. Tais modelos foram relevantes para impulsionar a expedição da Lei modelo da Uncitral, porém, ainda hoje continuam sendo relevantes, pois não existe um consenso a respeito do modelo adequado que deve ser aplicado nos diferentes ordenamentos jurídicos. Pelo fato de não existir

¹² Pese a estar presentes en las conferencias Argentina, Colombia, Paraguay y Uruguay, ellos prefirieron mantenerse vinculados a los Tratados de Montevideo, firmados en 1889, y posteriormente en 1940, optando por no ratificar el Código Bustamante, de lo que deviene el importante divisor de aguas que contempla posiciones distintas referentes a las mismas cuestiones de derecho internacional privado en el mismo ámbito regional integrado. Cf. KLEIN Luciane; GOMES Carolina, La problemática de la quiebra internacional en Brasil: ¿existen herramientas para la solución de conflictos internacionales? In: FERNÁNDEZ Arroyo. DeCITA, derecho del comercio internacional temas y actualidades. *Insolvencia Internacional*. Paraguay: CEDEP, 2009. p. 175-212.

entendimento, não tem sido possível uma aplicação unificadora, nem harmonizadora, dos conflitos apresentados entre os sistemas legais de uns e outros países. Com base nas anteriores tensões descritas, serão apresentados a seguir os principais modelos de aplicação da falência transnacional, defendidos pela doutrina e adotados pelos diferentes ordenamentos jurídicos.

3 TEORIAS A RESPEITO DA FALÊNCIA TRANSNACIONAL

As principais questões após da Insolvência de uma empresa multinacional, referem-se ao número de procedimentos falimentares que deveriam ser abertos, que países teriam competência para aceitar o pedido da falência e qual seria a lei aplicável ao procedimento falimentar, além da definição do regime jurídico que controlaria os bens e o patrimônio do devedor. Desafortunadamente, por ser um conflito de Direito Internacional Privado, existiria não uma resposta unívoca, dependendo então das regras dos diferentes estados que determinam a Lei aplicável de cada falência em particular.

Tentando dirimir estes conflitos, e na procura de maior seguridade jurídica para os credores e devedores de um processo de Falência Transnacional, a doutrina estabeleceu modelos que uniformizam as regras dos processos falimentares e estabelecem princípios mais claros na aplicação da Lei. Estes modelos têm sido nomeados de diferentes formas, se destacando o “Territorialismo puro; o Territorialismo Cooperativo; o Universal Processualismo; o Universalismo Modificado e o Universalismo puro”¹³ (Tradução nossa). Pela similaridade dos critérios intermediários entre o Territorialismo e o Universalismo, vamos assumir o critério de outra parte da doutrina que tem concretizado um terceiro modelo “*Misto*”¹⁴. Tendo clareza da existência destes três principais modelos, seguiremos ao seu aprofundamento.

¹³ Texto original. Territorialism; Cooperative Territorialism; Universal Proceduralism; Modified Universalism; Universalism. Sefa M Franken, ‘Cross-Border Insolvency Law: A Comparative Institutional Analysis’ (2014) 34.1 Oxford Journal of Legal Studies 97, 102–4, apud HANNAN, Neil. *Cross-border insolvency: the enactment and interpretation of the UNCITRAL model law*. Australia: Springer, 2017.

¹⁴ As regulamentações nacionais de insolvência podem ser analisadas a partir de seus modelos normativos: o modelo territorialista e o modelo universal. Ambos os modelos são absolutos e procuram ser verdades únicas, negando por completo a tese contrária. Para superar tal dicotomia surge

3.1 Territorialismo

Este modelo é o mais conservador e tradicional, existiu na maioria dos países até o século XXI. Está sustentado na premissa de que o foro de cada estado tem competência dos bens e credores do devedor dentro da sua jurisdição. Para o modelo territorialista os processos de insolvência das empresas multinacionais devem ser demandados separadamente em cada estado em que o devedor tenha ativos e devedores.

Neste modelo os processos de falência não têm efeito extraterritorial, e cada estado aplica suas próprias normas de escolha de lei (*Choice of Law*) para adiantar os processos de falência¹⁵.

No Territorialismo os efeitos de um processo de insolvência no exterior não têm aplicabilidade no foro local e, do mesmo modo, o processo do foro local não tem nenhum tipo de efeito no exterior. Destarte, no caso das empresas multinacionais, o falido possui bens dispersos em diferentes estados, tendo que solicitar então a declaração de abertura de múltiplos processos falimentares, subordinando-se às leis dos foros locais de cada um dos estados onde o falido tiver parte de seu patrimônio. Aliás, por serem processos independentes, não existiria uma cooperação direta entre os tribunais internacionais. A comunicação das diferentes jurisdições que tramitam a falência de uma empresa multinacional seria feita por cartas rogatórias, pedidos de exequatur para o reconhecimento de sentenças e variados mecanismos convencionais de colaboração internacional que não resultam muito efetivos na liquidação ou recuperação judicial de processos de quebra.

Uma das principais bases do Territorialismo funda-se na soberania própria de cada um dos estados, a qual não pode ser ultrapassada pelas normas de Direito Internacional Privado. Um dos elementos constituintes da soberania é seu território, assim, somente os tribunais do foro tem competência para decidir dos bens situados

um terceiro, o modelo misto ou flexível. C.f. BATTELLO, Silvio Javier. *A falência internacional no Mercosul, proposta para uma Solução Regional*. Brasil: Juruá, 2011.

¹⁵ The insolvency proceedings do not have any extraterritorial effect and each State applies its own choice of law provisions. This model sees separate insolvency proceedings being issued in each State which deal only with the assets and creditors within their respective jurisdiction. C.f. HANNAN, Neil. *Cross-border insolvency: the enactment and interpretation of the UNCITRAL model law*. Australia: Springer, 2017.

em seu território. A decretação de falência transnacional de um tribunal estrangeiro atentaria, então, contra o poder soberano do estado, o intervencionismo de tribunais estrangeiros em procedimentos jurisdicionais do foro é afastado na concepção territorialista, vetandose de algum modo os processos de natureza internacional.

As leis de falência geralmente têm uma natureza processual, por tanto de ordem pública. Deste modo, qualquer lei de falência transnacional que tente se sobrepor sobre às leis nacionais ocasionariam um conflito por atentar contra a ordem pública de direito interno, na qual teria que se afastar a aplicação da lei internacional. Além do mais, o modelo Territorialista apresenta uma crítica à respeito do não reconhecimento do princípio *par conditio creditorum*, por apresentar pagamentos não equitativos aos credores dos diferentes estados. Silvio Battello em seu livro de falência transnacional no Mercosul expressou:

A posição dos credores nos diversos processos pode variar conforme o país onde se encontram os bens, tornando a distribuição dos ativos de difícil previsibilidade. Há desigualdade no tratamento dos credores não sofisticados, que se veem prejudicados por credores mais experientes, que se adiantam aos demais procurando executar individualmente os bens do devedor em outros países.¹⁶

Um dos principais problemas apresentados num modelo Territorialista, fundamenta-se na possibilidade de *Forum Shopping*¹⁷ pelas empresas multinacionais. A empresa multinacional devedora poderia transladar bens para outros países onde a liquidação pela insolvência do devedor tivera um tratamento legal mais favorável para os interesses do devedor, ou existira menor possibilidade de ser decretada a falência sob a outra jurisdição. A diversidade de leis e procedimentos em outros ordenamentos jurídicos, assim como a previsibilidade de benefícios aplicáveis à insolvência das empresas multinacionais, têm incentivado a

¹⁶ BATTELLO, Silvio Javier. A falência internacional no Mercosul, proposta para uma Solução Regional. Brasil: Juruá, 2011. p. 63.

¹⁷ At its simplest, forum shopping means little more than identifying the optimal jurisdiction for a certain transaction, in the context of insolvency certainly for the purpose of the restructuring or insolvency of a given company, and taking measures so that the law of that jurisdiction is applied. Regulation defines forum shopping as the phenomenon that debtors 'transfer assets or judicial proceedings from one Member State to another, seeking to obtain a more favourable legal position'. Cf. RINGE, Wolf-Georg. Forum Shopping Under the EU Insolvency Regulation (August 1, 2008). *Oxford Legal Studies Research Paper*, n. 33, 2008. Available at: <SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1209822>>.

prática do *Forum Shopping*, particularmente como resultado da ausência de aceitação de uma lei universal.¹⁸

Reconhecendo a natureza comercial do procedimento de falência, resulta útil destacar que em termos financeiros, existe um pensamento generalizado de que os processos Territorialistas levam a liquidações patrimoniais ineficientes. Os ativos das empresas multinacionais valeriam mais quando alienadas em conjunto, contrariamente, no caso das liquidações separadas “*piecemeal liquidation*”, cada ordenamento jurídico limita-se ao procedimento falimentar do foro, administrando somente o patrimônio situado em seu território. A separação e distribuição fraturada dos bens do devedor por causa da localização dos bens diminui o valor patrimonial dos ativos do falido, suscitando um detrimento econômico para a expectativa de receber dos credores¹⁹.

Pelos fatos mencionados anteriormente, pode se concluir que este modelo não resulta apropriado na aplicação da Falência Transnacional, pelo contrário, discorda da natureza internacional que deve ter a regulamentação processual deste fenômeno comercial. Este modelo não é viável para conduzir a insolvência das empresas multinacionais pelos muitos problemas até hoje experimentados na aplicação em casos de empresas com múltiplos pontos de contato em relações de Direito Internacional Privado. É um modelo arcaico que precisa evoluir. Porém, muito embora não resulte razoável, é o tratamento legal que atualmente, ordenamentos jurídicos como o brasileiro implementam.

3.2 Universalismo

Este modelo se sustenta no princípio do *Comity*, inicialmente referenciado neste texto como antecedente da falência transnacional no Common Law. Em virtude deste princípio os países sedem parte da sua soberania e parte da competência de seus tribunais nacionais para aceitar a competência de um tribunal estrangeiro decidindo em temas que tem pontos de contato com o seu ordenamento jurídico próprio. Propôs-se como um modelo ideal em temas relativos a insolvência

¹⁸ HANNAN, Neil. *Cross-border insolvency: the enactment and interpretation of the UNCITRAL model law*. Australia: Springer, 2017. p. 215.

¹⁹ TUNG, Frederick. Skepticism about universalism: international bankruptcy and international relations. *UC Berkeley Law and Economics Working Paper*, n. 2001-7, apr. 4, 2001. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=267437>>.

das empresas multinacionais, no qual existe um só processo de falência global, que inclui a totalidade de bens e a totalidade de credores²⁰ do falido no mundo, com efeitos jurisdicionais extraterritoriais, aplicando a distribuição dos ativos do falido entre os credores de acordo com o princípio “Uma Lei, uma Corte”. A *lex fori concursus* é a única lei aplicável independente da localização dos ativos e dos credores do falido²¹; as sentenças judiciais são reconhecidas e executáveis nos demais estados.

Este modelo contrário ao modelo Territorialista antes descrito apresenta vantagens significativas, mas pode ser visto como uma utopia pela sua dificuldade de implementação. Em um aspecto puramente financeiro o modelo apresenta benefícios para o devedor e para os credores. Permitir-se-ia que o administrador judicial da falência arranjasse a totalidade dos bens da empresa multinacional para facilitar a recuperação judicial, caso de precisasse fazer uso do patrimônio das sociedades subsidiárias ou de liquidar a empresa multinacional, a través das vendas em bloco, as quais brindam uma maior utilidade econômica na proteção da massa falida. Além disso, acrescentaria os investimentos e forneceria a confiança dos investidores estrangeiros, pelo fato de ter segurança jurídica e regras claras ao respeito da eventual insolvência das empresas receptoras das suas inversões. Tendo a garantia que no caso de um processo de falência, o processo teria maior eficiência, se evitando por exemplo, sentenças contraditórias e facilitando trâmites mais rápidos.²²

Uma das principais características da proposta de implementação de um modelo Universalista, baseia-se em evitar a fraude das companhias multinacionais

²⁰ La universalidad implica que la totalidad de los bienes del deudor y todos sus acreedores quedan vinculados al proceso de insolvencia a partir de su iniciación. Este principio tiene dos componentes: la universalidad objetiva y la universalidad subjetiva. El primero se refiere a la afectación de la totalidad de los activos del deudor en el proceso de insolvencia. El segundo se refiere a la vinculación de la totalidad de los acreedores al proceso concursal. Cf. HIDVEGI, Susana. La insolvencia transfronteriza. In: MATAMOROS Laura Victoria. *Estudios contemporáneos de derecho internacional privado*. [S.l.]: Colombia Legis, 2016. p. 453-468.

²¹ Universalism, is the cross-border insolvency academic model that, at its purest form, encompasses one single bankruptcy proceeding in the home country of the debtor, with worldwide jurisdiction over the debtor's assets and obligations in applying asset distribution schemes among creditors according to the "one law, one court" maxim. Under a universalist system, the law of the home country (*lex fori concursus*) is the only applicable one, regardless of the location of the assets or of the creditors. Cf. CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. The legal framework for crossborder insolvency In Brazil. *Houston Journal Of International Law*, v. 32, n. 1.

²² BATTELLO, Silvio Javier. A falência internacional no Mercosul, proposta para uma Solução Regional. Brasil: Juruá, 2011.

que possam sacar recursos do seu patrimônio para transferir a outras sociedades, filiais ou subsidiárias pertencentes à mesma sociedade matriz, com o objetivo de ficar insolvente e não pagar as dívidas contraídas no foro que tramitaria o pedido de falência. A partir de uma teoria universalista, não importaria para que estado forem enviados os bens do falido, pois exclusivamente um tribunal teria competência global para abranger os bens do devedor, independentemente de onde estiverem localizados.

A teoria Universalista propende pela abolição do *Forum Shopping*, determinando a lei e o tribunal competente desde o conceito do *Center of Main Interests* (Em adiante -*COMI*-²³), deste modo, aplicará a lei de seu foro e será competente o tribunal onde o falido tiver seu centro principal de interesses, salvo prova em contrário, se presumirá que o domicílio social será o centro principal dos interesses do devedor²⁴. Com esta proposta de estabelecer um local fixo para tramitar e julgar o pedido de falência, evita-se que o devedor possa tentar procurar uma jurisdição e por tanto, uma lei mais favorável a seus interesses econômicos. Desse modo o modelo universal solucionaria eventuais conflitos de lei e de jurisdição por ter um critério que garante certeza de qual vai ser a jurisdição competente e a lei aplicável ao processo falimentar, porém, o estabelecimento do -*COMI*- tem apresentado diversos problemas que serão explicitados mais à frente neste trabalho.

Embora este modelo apresente muitas vantagens, sua aplicação universal resulta acaba restrita por se manifestar contrária à soberania dos Estados. Nenhum país aceita ceder parte da sua jurisdição para aceitar a intromissão da jurisdição estrangeira em assuntos que deveriam se julgar conforme as normas de seu direito interno. Por este e outros fatos, este modelo concebe-se como uma utopia, como um paradigma a ser alcançado.²⁵ Parte da doutrina afirma que só alguns países no

²³ Este concepto se desarrolló legislativamente por primera vez em la regulación de insolvencia de la unión europea así: El centro principal de intereses debería corresponder al lugar donde el deudor lleve a cabo de manera habitual la administración de sus intereses y que, por consiguiente, pueda ser averiguado por terceros. Cf. Unión Europea, Reglamento Consejo de la Unión Europea (CE) No.1346 de 29 de mayo de 2000 sobre procedimientos de insolvencia, considerando 13.

²⁴ Salvo prueba en contrario, se presumirá que el domicilio social del deudor o su residencia habitual, si se trata de una persona natural, es el centro de sus principales intereses. Cf. Nueva York, Ley modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y Guía para su incorporación al derecho interno e interpretación. Naciones Unidas 2014. Art 16 -3

²⁵ BATTELLO, Silvio Javier. *A falência internacional no Mercosul, proposta para uma solução regional*. Brasil: Juruá, 2011. p. 65.

mundo²⁶ têm adotado o sistema Universal em seus ordenamentos jurídicos²⁷. De outro lado, a Doutrina mais recente afirma que até hoje, nenhum ordenamento jurídico no mundo tem adotado um modelo de falência transnacional totalmente Universal.²⁸

3.3 Modelo Misto

Uma parte significativa da doutrina tem proposto sistemas mistos que tomam elementos das anteriores teorias referenciadas, instituindo variados modelos que neste trabalho condensamos como Modelo Misto. De acordo com este, a jurisdição na qual o devedor tem o centro principal de seus interesses, terá a administração central dos ativos e passivos do devedor, além de tramitar o processo principal, mas, se permitirá que outras jurisdições tramitem processos secundários subordinados ao processo principal. Será processo principal o aquele onde o devedor tiver estabelecido o centro principal de seus interesses, e serão processos secundários aqueles nos quais o devedor tiver estabelecimentos comerciais ou “bens”²⁹. A maioria das legislações rejeitam a ideia de poder realizar o pedido de falência só baseado na existência de bens de uma empresa multinacional em um país, precisando-se então de um mínimo de organização empresarial.³⁰

²⁶ Esplugues Mota demonstra que, na prática, o sistema Universal somente foi adotado pela Bélgica e por Luxemburgo, e, neste último, com algumas ressalvas. Cf. ESPLUGUES, Carlo A. *La quiebra internacional*. Barcelona: Bosch. 1989. p. 46.

²⁷ Sólo algunas naciones, en forma excepcional, adoptan el principio de la unidad o universalidad en el plano internacional, con lo cual la quiebra declarada em un país abarca la totalidad del patrimonio del quebrado y produce plenos efectos em otros países (Bélgica, Luxemburgo, Japón) Cf. HEREDIA, Pablo, *La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil; Internacional (CNUDMI ó UNCITRAL) sobre insolvencia transfronteriza de 1997*. Buenos Aires Argentina. 2007

²⁸ HANNAN, Neil. *Cross-border insolvency: the enactment and interpretation of the UNCITRAL model law*. Australia: Springer, 2017. p. 2.

²⁹ In all States examined other than Canada, in order for there to be foreign non-main proceeding, the debtor must have an establishment in the State of that proceeding. In Canada, there is no need for there to be an ‘establishment’. There is no definition or mention of the word ‘establishment’ or any similar word in their legislation. If there is a foreign proceeding and it is not a foreign main proceeding, then it can be recognised as a foreign non-main proceeding. HANNAN, Neil. *Cross-border insolvency: the enactment and interpretation of the UNCITRAL model law*. Australia: Springer, 2017. p. 70.

³⁰ The European Court of Justice stated: The fact that the definition links the pursuit of an economic activity to the presence of human resources shows that a minimum level of organisation and a degree of stability are required. It follows that, conversely, the presence alone of goods in isolation or bank accounts does not, in principle, satisfy the requirements for classification as an ‘establishment’. HANNAN, Neil. *Cross-border insolvency: the enactment and interpretation of the UNCITRAL model law*. Australia: Springer, 2017. p. 230.

Como um intento de atenuar a doutrina Universal, o modelo Misto estabelece que podem se instaurar processos secundários subordinados ao processo principal, porém, “no processo transnacional principal deverão ser centralizadas as informações relevantes do processo ou processos subsidiários”³¹. São informações como: valor dos bens arrecadados e do passivo; valor dos créditos admitidos; classificação dos credores; ações em curso contra o falido, entre outras. Assim, continuaria existindo uma preponderância de controle desde o processo principal sobre os outros processos subsidiários.

Nos casos de falência das subsidiárias ou filiais deve-se repartir os bens do falido no processo secundário para pagar os credores territoriais, respeitando a ordem de prelação dos créditos, e caso de existirem remanescentes, deverão ser enviados ao processo principal, para repartir nos credores estrangeiros, dando cumprimento ao *Par conditio creditorum*. Neste caso,

o administrador judicial dever ser o encarregado de dirigir e coordenar a relação e os efeitos entre ambos os procedimentos. Os possíveis excedentes que possam existir após o encerramento de um procedimento secundário devem ser colocados à sua disposição.³²

Ademais, pode se instaurar a abertura de um processo territorial secundário sem necessidade de iniciar um processo principal.³³ Este tratamento garante a seguridade jurídica das sociedades matrizes das empresas multinacionais, enquanto não pelo fato de pedir a falência de uma empresa subordinada ou filial, vai se iniciar um processo de falência global que afete o patrimônio da sociedade matriz. Podese concluir, então, que o pedido de falência de uma filial ou subsidiária não conduz ao pedido de falência da sociedade matriz, mas, o pedido de falência da sociedade matriz permite sim iniciar procedimentos de falência respeito das empresas subsidiárias ou filiais, os quais seriam processos secundários ou não principais. Frequentemente a doutrina comercialista exemplifica a anterior situação desde a atividade dos planetas (controladas) em relação ao sol (controlador),

³¹ ARARIPE Átila; MOTA Monica; ALBUQUERQUE Renata. A evolução do instituto da falência: da pena capital à falência transnacional. *RVM*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 209-226, jan./jun., 2016.

³² BATTELLO, Silvio Javier. *A falência internacional no Mercosul, proposta para uma Solução Regional*. Brasil: Juruá, 2011. p. 232.

³³ BATTELLO, Silvio Javier. *A falência internacional no Mercosul, proposta para uma Solução Regional*. Brasil: Juruá, 2011. p. 232.

a morte do sol determina a morte dos planetas vinculados, todos eles perdem seu controle, mas isso não significa que a recíproca seja verdadeira, pois a morte de um planeta não acarreta a extinção de outros planetas, e muito menos do sol.³⁴

No modelo misto aplicam-se medidas de coordenação e cooperação entre os tribunais dos diferentes estados para o julgamento dos processos de falência. Ademais, as sentenças estrangeiras são reconhecidas sem maiores dificuldades entre os estados que concomitantemente adiantam os processos de falência³⁵. O modelo misto então tenta harmonizar as diferenças entre os extremos Territorialista e Universalistas e, por tanto, tem sido descrito como um modelo que conseguiu a eficiência do Universalismo fazendo uso da flexibilidade do Territorialismo³⁶. Por conta disso, esta resulta ser a teoria adotada majoritariamente, nos diferentes ordenamentos jurídicos, motivo pelo qual é a doutrina aplicada na elaboração da Lei Modelo de Falência Transnacional da CNUDMI, a qual será abordada em seguida.

4 LEI MODELO DE FALÊNCIA TRANSNACIONAL DA CNUDMI

A Lei Modelo de Falência Transnacional é o produto de diversas negociações celebradas em Viena e Nova York a partir de 1994³⁷, para desenvolver a cooperação

³⁴ BATTELLO, Silvio Javier. *A falência internacional no Mercosul, proposta para uma Solução Regional*. Brasil: Juruá, 2011. p. 232

³⁵ HIDVEGI, Susana. La insolvencia transfronteriza. In: MATAMOROS Laura Victoria. *Estudios contemporáneos de derecho internacional privado*. [S.l.]: Colombia Legis, 2016. p. 459.

³⁶ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. The legal framework for crossborder insolvency In Brazil. *Houston Journal Of International Law*, v. 32, n. 1.

³⁷ La Comisión inició la labor tendiente a la elaboración de la Ley modelo a partir de sugerencias presentadas en el Congreso de la CNUDMI “Hacia un derecho mercantil uniforme para el siglo XXI”, celebrada en Nueva York entre el 18 y el 22 de mayo de 1992.

Posteriormente, las cuestiones fueron abordadas por la CNUDMI en un coloquio relativo a la insolvencia transfronteriza celebrado en Viena, los días 17 a 19 de abril de 1994, oportunidad en la que se sugirió profundizar la labor respecto de temas tales como la forma de cooperación entre administradores extranjeros, y las reglas para el reconocimiento de procedimientos extranjeros de insolvencia. Otro coloquio, celebrado en Toronto el 22 y 23 de marzo de 1995, con la participación de la CNUDMI, INSOL y jueces de distintos países, aconsejó la elaboración de un marco legal para la solución de los problemas sobre insolvencia transfronteriza. En el mismo año, la Comisión encomendó la tarea de elaborar un instrumento relativo al tema a uno de los tres órganos subsidiarios de la Comisión. El Grupo de Trabajo dedicó cuatro períodos de sesiones, de das semanas cada uno, a la elaboración del proyecto. En el 18° periodo de sesiones (Viena, 30 de octubre a 10 de noviembre de 1995) estudió las posibles cuestiones que podría contemplar el instrumento, en los períodos de sesiones 19°, 20° y 21 (Nueva York, 1 a 12 de abril de 1996; Viena, 7 a 18 de octubre de 1996; y Nueva York, 20 a 21 de enero de 1997), consideró diversos proyectos tentativos sobre el particular. Previo a la aprobación del texto definitivo, el proyecto se sometió a la observación en el segundo coloquio judicial multinacional CNUDMI/INSOL sobre insolvencia transfronteriza, celebrado en Nueva Orleans los días 23 a 26 de marzo de 1997. Como se dijo, estas tareas culminaron en el 30° período de sesiones de la Comisión, en el que se negoció y aprobó el texto definitivo de la Ley

dos diferentes estados na resolução de problemas relativos à disseminação dos bens de um mesmo devedor em diferentes países, assim como procurar soluções equilibradas para os credores que não pertencem ao país onde foi admitido o pedido de falência.

A lei modelo constitui-se como um instrumento de *Soft Law*, que tenta harmonizar o tratamento que as legislações dos diferentes ordenamentos jurídicos dão à falência transnacional. Em seus cinco capítulos definem-se temas como o acesso dos representantes estrangeiros e credores ao processo; reconhecimento de procedimentos estrangeiros; cooperação dos tribunais, entre outros. Desde uma fundamentação jurídica, vão se apresentar os principais aspectos relevantes, conflitos e tensões na aplicação desta Lei Modelo.

4.1 Uma questão de harmonização ou de unificação?

A expansão da regulamentação internacional dos principais problemas jurídicos contemporâneos traz consigo a fragmentação do direito internacional³⁸. Como intento de superar estas dificuldades de fracionamento, emergiram modelos que procuraram harmonizar, uniformizar ou unificar as normas de direito internacional. A unificação tem sido proveitosa no âmbito do Direito Internacional Público, em convenções e tratados assinados entre diferentes estados, mas, no âmbito do Direito Internacional Privado a unificação é percebida como uma ameaça a soberania dos estados, motivo pelo qual se discute a inferência negativa que possa ter nos ordenamentos jurídicos internos diplomas legais como as leis modelo.

As leis modelo constituíram-se como ferramentas que cumprem uma função integrativa do direito. Contudo, existem críticas que estabelecem que dispositivos normativos, como a Lei modelo de falência transnacional, têm uma tendência unificadora, pela ingerência na competência jurisdicional e na ordem pública dos estados - tendência que iria além da simples aspiração de harmonização das normas de insolvência internacional dos diferentes ordenamentos jurídicos.

Modelo. Cf. HEREDIA, Pablo, *La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI ó UNCITRAL) sobre insolvencia transfronteriza de 1997*. Buenos Aires Argentina. 2007.

³⁸ ONU Report of the Study Group of the International Law Commission, Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law, Geneva, 1 May-9 June and 3 July-11 August 2006.

A esse respeito, pode-se esclarecer que não existe um critério formal para definir uma tendência unificadora, nem sequer uniformizadora da Lei modelo de Falência transnacional. A unificação no direito privado concebe-se como

uma superação do contraste entre normas jurídicas conflituais ou substantivas, em que a legislação doméstica passa a ser substituída por regras uniformes incidentes sobre uma questão específica e materializadas por intermédio de convenção multilateral ou acordo bilateral³⁹

Ou o que outra parte da doutrina tem referenciado como *top-down approach*⁴⁰, na unificação do direito internacional, objetivado a implementação de normas imperativas.

Pelo contrário, conforme o próprio Guia para a incorporação ao direito interno e a interpretação da lei modelo, este diploma legal instituiu-se como uma ferramenta de harmonização do direito⁴¹. O conceito de harmonização estabelece regras similares não obrigatórias, como uma forma de aproximação das legislações dos diferentes ordenamentos jurídicos. O anterior conceito tem sido nomeado na doutrina como *bottom-up approach*, apresentando a característica de ser adotado predominantemente por instituições ou grupos privados⁴², como no caso concreto da Uncitral e a lei modelo de falência transnacional. Com base nos argumentos anteriormente descritos, descarta-se uma tendência unificadora na lei de falência transnacional e ressalta-se o caráter harmonizador das normas de insolvência internacional nos diferentes ordenamentos jurídicos que a acolhem.

³⁹ LIMA, João. *A harmonização do direito privado*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, Ministério das Relações Exteriores, 2008. p. 117.

⁴⁰ BOELE-WOELKI, Katharina. Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of laws. *Collected Courses, Academy of International Law, The Hague*, v. 340, 2010.

⁴¹ III. La Ley Modelo como vehículo de armonización del derecho: Una ley modelo es un texto legislativo que se recomienda a los Estados para incorporarlo a su derecho interno. A diferencia de lo que sucede con una convención internacional, el Estado que adopte su régimen no está obligado a dar aviso de ello a las Naciones Unidas ni a otros Estados que tal vez también lo hayan adoptado. Cf. NACIONES UNIDAS. *Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza y guía para su incorporación al derecho interno e interpretación*. Nueva York: ONU, 2014. p. 27.

⁴² The bottom-up approach is exemplified by the harmonizing substantive law instruments drafted and adopted by predominantly private groups and institutions. Many of these instruments are specifically designed for application in cross-border relationships. Cf. BOELE-WOELKI, Katharina. Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of laws. *Collected Courses, Academy of International Law, The Hague*, v. 340, 2010.

Embora a tendência unificadora do Direito Internacional Privado apresente variadas críticas, e optese mais por regulamentações harmonizadoras dos diferentes ordenamentos jurídicos, na prática esta “harmonização legal” também não soluciona totalmente os problemas apresentados pelas normas substantivas dos diversos estados. Pelo contrário, continuam existindo tensões que procuram uma solução universal aos conflitos existentes entre as jurisdições e as leis de uns e outros países na solução de um caso concreto.

Na falência transnacional a situação resulta ainda mais complicada, pois muito embora exista uma Lei modelo harmonizadora do tratamento que deve receber a falência de uma empresa multinacional em cada estado, muitos países ainda não tem acolhido a Lei modelo de falência transnacional, nem regulamentam em seus ordenamentos jurídicos o tratamento que deveria ser dado nos casos da insolvência da empresa multinacional. Na verdade, nos países que têm incorporado esta Lei modelo em seus ordenamentos jurídicos, acontece que a Lei modelo só tem parâmetros processuais⁴³ que não solucionam conflitos de jurisdição nem de leis materiais entre os diferentes ordenamentos jurídicos.

Estes conflitos de Jurisdição e de Lei só poderiam ser solucionados através da criticada unificação substantiva das normas de Direito Internacional Privado, a qual por muitas décadas e ainda hoje tem se mostrado uma solução inacessível, motivo pelo qual os esforços têm que se encaminhar ao entendimento e a resolução dos conflitos de Jurisdição e de Lei apresentados na falência transnacional. No Direito Internacional Privado os conflitos de jurisdição respondem do mesmo modo à questão de “Quem é o juiz competente?” estabelecendo o foro competente e lei processual aplicável. Não obstante, em caso da decisão sobre “Qual a lei substantiva aplicável?”, há a possibilidade de haver uma resposta incompatível entre as jurisdições, afastando a lei do foro ou da legislação do estado do juiz competente.

⁴³ Podemos deducir tres criterios básicos relativos a la naturaleza contemporánea de la insolvencia a la luz del derecho uniforme. En primer término, que la institución de la insolvencia internacional es de naturaleza eminentemente procesal. Que, derivada de su naturaleza procesal, se desprende la tendencia de coordinación de procesos de insolvencia traducidos en el derecho de gestión de liquidación principal y secundaria. Y, finalmente, la intervención de los derechos nacionales permanece incólume. Cf. BOUTIN, Gilberto. *La insolvencia transfronteriza en el derecho internacional privado uniforme y en el Código Bustamante*. [S.l.]: DeCITA, 2009. p. 106.

Na falência transnacional muitos estados podem ser competentes para admitir e processar o pedido de falência (conflito positivo de jurisdição), e legislações substantivas falimentares, de diferentes ordenamentos jurídicos podem ser simultaneamente aplicáveis a um mesmo caso de insolvência de uma empresa multinacional (conflito positivo de leis). No caso concreto da falência transnacional a doutrina majoritária assim como a Lei modelo solucionam primeiramente o conflito de jurisdição, para após, aplicar a lei substantiva da jurisdição ou foro competente, denominada *Lex fori*.

Deste jeito, nos problemas de insolvência internacional das empresas multinacionais soluciona-se o conflito de jurisdição para posteriormente estabelecer a lei do foro como lei aplicável ao processo falimentar. Com o objetivo de promover um encadeamento de ideias, na seguinte seção expõem-se os principais conflitos de jurisdição derivados da aplicação da Lei modelo.

4.2 Conflitos de jurisdição na aplicação da Lei Modelo

Com a existência de uma Lei harmonizadora em temas de insolvência internacional, os países que adotam a Lei modelo de falência transnacional não deveriam se enfrentar em conflitos de jurisdição, pois a Lei modelo impõe suas regras processuais na competência jurisdicional do estado. Desse modo adotar a lei modelo estabeleceria como juiz competente o juízo do foro, não tendo então nenhum espaço para a existência de conflitos de jurisdição.

Contudo os conflitos de jurisdição que se apresentam na Lei Modelo derivam-se da ambiguidade, da indeterminação e da falta de critérios e diretrizes claras para sinalar quem é o juiz competente nos casos de falência transnacional. O artigo 16 da Lei modelo é o encarregado de determinar quem deveria ser o juiz competente para processar a falência da empresa multinacional:

Artículo 16. Presunciones relativas al reconocimiento

1 Si la resolución o el certificado de los que se trata en el párrafo 2 del artículo 15 indican que el procedimiento extranjero es un procedimiento en el sentido del inciso a) del artículo 2 y que el representante extranjero es una persona o un órgano en el sentido del inciso d) del artículo 2, el tribunal podrá presumir que ello es así.

2 El tribunal estará facultado para presumir que los documentos que le sean presentados en apoyo de la solicitud de reconocimiento son auténticos, estén o no legalizados.

3 Salvo prueba en contrario, se presumirá que el domicilio social del deudor o su residencia habitual, si se trata de una persona natural, es el centro de sus principales intereses⁴⁴.

O Centro dos interesses principais do devedor –“*COMI*”- referenciado antes neste escrito quando foi explicado o modelo universalista, obedece ao critério mais importante na determinação da jurisdição competente. Assim sendo, o local onde se encontrar o Centro dos interesses principais do devedor configurará o estado competente para exercer a sua jurisdição num processo principal de falência transnacional. Serão considerados processos secundários os demais abertos em outros estados onde o devedor não tiver seu –*COMI*-. Entretanto, há um problema discutido na doutrina contemporânea pela subjetividade do entendimento do conceito do –*COMI*- Qual é o centro dos interesses principais do devedor? Há quem defende que é o lugar de registro, constituição ou incorporação da empresa, outros que asseveram que é o local onde se exerce a administração da empresa e outros afirmam que é o lugar onde encontram-se a maioria do patrimônio, dos bens e dos credores do falido. Não existe então um consenso do que se pode entender por Centro dos interesses principais do devedor, o qual gera insegurança jurídica na aplicação da Lei modelo, pois não existe certeza no diploma legal para regulamentar quem é o juiz competente para receber o processo principal de falência, apresentandose na prática conflitos de jurisdição.

Em 2012, o Supremo Tribunal de Ontario, no caso *Re Lightsquared LP*⁴⁵ considero os fatores que tinham que ser analisados na determinação do –*COMI*- do

⁴⁴ Para um melhor entendimento do diploma legal cita-se em inglês: Article 16. Presumptions concerning recognition: [...] 3. In the absence of proof to the contrary, the debtor’s registered office, or habitual residence in the case of an individual, is presumed to be the centre of the debtor’s main interests.

⁴⁵ On May 14, 2012, Lightsquared LP (“LSLP” or the “Applicant”) and various of its affiliates (collectively, the “Chapter 11 Debtors”) commenced voluntary reorganization proceedings (the “Chapter 11 Proceedings”) in the United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York (the “U.S. Court”) by each filing a voluntary petition for relief under Chapter 11 of Title 11 of the United States Code (the “Bankruptcy Code”). The Chapter 11 Debtors have certain material assets in other jurisdictions, including Ontario and indicated at an interim hearing held on May 15, 2012 that they would be seeking an order from the U.S. Court authorizing LSLP to act as the Foreign Representative of the Chapter 11 Debtors. Two of the Chapter 11 Debtors are incorporated pursuant to the laws of Ontario, being SkyTerra Holdings (Canada) Inc. (“SkyTerra Holdings”) and SkyTerra (Canada) Inc. (“SkyTerra Canada”). One of the Chapter 11 Debtors is incorporated pursuant to the laws of Nova Scotia, being Lightsquared Corp. “LC” and together with SkyTerra Holdings and

devedor, tentando superar a presunção legal do domicílio social, estabelecida na Lei modelo. Assim, analisou-se:

a) a localização do falido comprovável pelos credores; b) a localização dos principais bens ou operações comerciais; e c) a localização onde o devedor exerce a administração de seus negócios.⁴⁶

No caso concreto referenciado, o Supremo Tribunal de Ontario indicou que deveria se valorar com mais ou menos peso cada um dos fatores descritos dependendo das circunstâncias concretas.

A definição mais recente que se tem do conceito do – *COMI* – é tomada do novo regulamento da União Europeia de 2015, que no artigo 3 replica o estabelecido no Regulamento (CE) nº.1346 de 2000:

O centro dos principais interesses do devedor corresponderá ao local onde o devedor leve habitualmente a administração de seus interesses, e que portanto, possa ser conhecido por terceiros (Tradução Nossa Regulamento 848 de 2015).⁴⁷

Assim, a postura majoritária acolhe-se ao decidido pelo regulamento europeu, entendendo que o conceito de –*COMI*– faz referência ao local da administração habitual dos interesses do devedor.

Quanto a doutrina não seja pacífica, nem os tribunais ao decidir o pedido de falência apresentem consenso, o problema conceitual do entendimento da definição do –*COMI*– parece estar solucionado desde a aplicação do mesmo como o local da administração habitual dos interesses do devedor. De acordo com referências anteriores, pode se concluir a importância da determinação do –*COMI*– pois este conceito vai determinar a jurisdição de um estado para exercer sua função judicial, ao responder a perguntar: “Quem é o juiz competente?”. Pode se concluir

SkyTerra Canada, the “Canadian Debtors”). Each of the Canadian Debtors is a wholly-owned subsidiary, directly or indirectly, of the Applicant. Due to the facts mentioned Ontario Superior Court of Justice was competent to analyzed the case. Cf. CITATION: Lightsquared LP (Re), 2012 ONSC 2994 COURT FILE NO.: CV-12-9719-00CL DATE: 20120706

⁴⁶ Re Lightsquared LP (2012) CLR (5th) 321 [25] (ONSC) apud HANNAN, Neil. *Cross-border insolvency: the enactment and interpretation of the UNCITRAL model law*. Australia: Springer, 2017.p. 106.

⁴⁷ Parlamento y Consejo Europeo, *REGLAMENTO (UE) 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia*, del 20 de mayo de 2015. Entrada em vigencia a partir del 26 de junio de 2017. Deroga el reglamento (CE) No.1346 de 000.

que um adequado entendimento do –COMI- vai evitar os conflitos de jurisdição, pois “não só tem um efeito positivo ao conferir a jurisdição, para além disso, tem um efeito negativo ao revogar outros tribunais de exercer a sua jurisdição⁴⁸” (Tradução nossa NISI, 2017)

Já numa aplicação pratica dos conflitos de jurisdição ocasionados pela indeterminação do –COMI- nos casos de insolvência transnacional de empresas multinacionais, cita-se como *Leading Case* o caso *Eurofood IFSC Ltd (2006)*. A sociedade mencionada foi constituída na Irlanda em 1997 como *company limited by shares*, sendo uma filial de propriedade 100% da empresa multinacional *Parmalat*, constituída na Itália, com filiais em mais de 30 países do mundo, o objetivo da *Eurofood* era a prestação de serviços de financiamento às sociedades do grupo *Parmalat*⁴⁹. A *Eurofood* celebrou contratos de swap com o *Bank of America* para o financiamento das suas subsidiarias em América Latina, obrigação respaldada pela *Parmalat*. A *Eurofood* ficou insolvente e não teve jeito de pagar mais de USD 122 milhões aos seus credores⁵⁰, pelo qual começaram os processos de falência transnacional.

O 10 de fevereiro de 2004, apresentou-se perante o *Tribunale civile e penale di Parma* (Itália) uma solicitude para a declaração da insolvência da *Eurofood*, o juiz considerou que o centro dos interesses principais da *Eurofood* encontrava-se na Itália, declarando-se internacionalmente competente para processar a insolvência da multinacional. O 23 de março de 2004 a *High Court* de Irlanda, declarou que o centro dos interesses principais da *Eurofood* achava-se na Irlanda, afirmando, portanto, que este era o procedimento principal⁵¹.

Em 2006, o caso submeteu-se ao tribunal de justiça da Europa. Na sentença se estabeleceu que

⁴⁸ The COMI has not only a positive effect of conferring jurisdiction, but also a negative effect of depriving all other courts, wherever located, of jurisdiction on different (exorbitant) grounds. Cf. NISI, Nicolo. The recast of the insolvency regulation: a third country perspective. *Journal of Private International Law*, v. 13, n. 2, p. 324–355, 2017.

⁴⁹ EUROFOOD IFSC, *Conclusiones del abogado general sr. F.g. jacobs* de 27 de septiembre de 2005

⁵⁰ Los acreedores de Eurofood en virtud de las dos primeras operaciones (en lo sucesivo, «poseedores de títulos y bonos») tienen en la actualidad un crédito de más de 122 millones de USD. Eurofood no puede pagar sus deudas. Cf. EUROFOOD IFSC, *Conclusiones del abogado general sr. F.g. jacobs* de 27 de septiembre de 2005, Pág 7.

⁵¹ Sentencia de 2.5.2006 — ASUNTO C-341/04, *Sentencia del tribunal de justicia* (Gran Sala) de 2 de mayo de 2006

no marco da determinação do sistema de determinação da competência dos órgãos jurisdicionais dos estados membros que estabelece o regulamento (CE) No.1346 de 2000, existe uma competência jurisdicional própria para cada devedor que seja uma entidade jurídica distinta,

Determinando que a filial e a sociedade matriz tinham personalidades jurídicas diferente, portanto deveria existir uma separação entre o julgamento da insolvência da sociedade matriz e a falência da filial⁵². Além, na sentença se definiu que, o fato de que as decisões econômicas possam ser controladas por uma sociedade matriz (*Parmalat*), com domicilio social em outro estado membro da União Europeia (Itália), não era fato suficiente para desvirtuar a presunção do domicilio da *Eurofood* na Irlanda.

Do anterior caso analisado, pode se concluir que, existe um problema estrutural na doutrina, na jurisprudência e na legislação mundial na indeterminação do conceito do –*COMI*, para solucionar os problemas do tráfico mercantil moderno, que geram conflitos de jurisdição nos casos de falência de empresas multinacionais. Aliás, evidencia-se que, não existe um modelo puramente universal de falência transnacional. Nem na União Europeia que tem uma regulamentação comunitária, e mais desenvolvida em termos de legislação de insolvência internacional, existe consenso na determinação de um só juiz competente, que possa adiantar um só processo falimentar com competência universal para dispor de todos os bens e pagar todos os credores da empresa multinacional falida.

Outro dos problemas que se manifesta a respeito dos conflitos de jurisdição é o relacionado à troca da jurisdição competente, depois que se determinar um novo –*COMI*- da empresa insolvente, e, portanto, um “*novo processo principal*”. No modelo misto de falência transnacional aplicado pela regulamentação internacional (Lei modelo Uncitral e Regulamento Europeu), o –*COMI*- determina a jurisdição competente do processo principal, mas, permite a existência de processos secundários subordinados ao processo principal. Vale a pena então se questionar: O que acontece quando um processo se constituiu como processo principal, mas no tramite, em outra jurisdição encontrou-se o verdadeiro –*COMI*- do falido?

⁵² CAMPUZANO, Beatriz. *La posición del TJCE con respecto a los problemas interpretativos que plantea el reglamento 1346/2000 en materia de insolvencia*. [S.l.]: DeCITA 2009.

O questionamento anteriormente feito, já tem se apresentado em diferentes casos de falência transnacional de empresas multinacionais. Como apreciou-se no caso *Eurofood IFSC Ltd (2006)*, na prática, pelo princípio de soberania, os estados sempre vão tentar localizar o –*COMI*– dentro da sua jurisdição, para ser competentes do tramite do processo principal, procurando privilegiar os seus credores internos, existindo um conflito positivo de jurisdições. Da anterior explicação, surge um problema administrativo nos casos em que um estado está tramitando o processo principal, e tempo depois, um outro estado declara dentro da sua jurisdição o –*COMI*–, resultando então competente para tramitar e julgar o procedimento principal.

Nos fatos planteados, o procedimento já antes tramitado como “principal” teria que ser transladado à sede do novo estado competente para julgar o procedimento principal.

O juiz nacional ao reconhecer o pedido do juiz estrangeiro, classificará o processo como principal ou subsidiário. Ao juiz é dado alterar, à vista de novos fatos ou argumentos a classificação de processo transnacional⁵³

Esta situação acarreia complicações nas etapas processuais já adiantadas perante a jurisdição inicialmente competente, ocasionando um retrocesso nas questões já avançadas e decididas pelo juiz do primeiro foro.

O novo regulamento da União Europeia 848 de 2015, regula em seus artigos: 50⁵⁴ (Apertura posterior do processo de insolvência principal) e 51⁵⁵ (Conversão do processo de insolvência secundário) a hipótese aqui mencionada, sem entrar a analisar os problemas que estes dispositivos normativos na sua aplicação possam ter.

⁵³ ALENCAR, Maria. Breve reflexão sobre a insolvência transnacional. Divergências doutrinárias. Experiência brasileira. 68 págs. Grau de bacharel em Direito – Fundação Getúlio Vargas. 2014.

⁵⁴ Reglamento Unión Europea 848 de 2015 - Artículo 50. **Apertura posterior del procedimiento de insolvencia principal:** Cuando se abra un procedimiento del artículo 3, apartado 1 (Proceso de insolvencia principal), después de que se haya abierto en otro Estado miembro un procedimiento del artículo 3, apartado 2 (Proceso secundario), se aplicarán los artículos 41, 45, 46 y 47 y el artículo 49 al procedimiento abierto en primer lugar, en la medida en que la situación de dicho procedimiento lo permita.

⁵⁵ Reglamento Unión Europea 848 de 2015 - Artículo 51. **Conversión del procedimiento de insolvencia secundario:** 1.A instancia del administrador concursal en el procedimiento principal, el órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que se haya abierto un procedimiento de insolvencia secundario podrá ordenar que este se convierta en otro tipo de procedimiento de insolvencia de los relacionados en el anexo A, siempre que se cumplan los requisitos previstos en el Derecho nacional para la apertura de ese otro tipo de procedimiento y que este sea el más adecuado respecto a los intereses de los acreedores locales y para garantizar la congruencia entre los procedimientos de insolvencia principal y secundario.

Aliás das dificuldades mencionadas no parágrafo anterior, é válido mencionar que, o *–COMI–* ao estabelecer o estado competente para exercer sua jurisdição, também encaminha a Lei substantiva aplicável ao processo falimentar. Deste jeito, ter-se-ia um processo falimentar tramitado inicialmente com a lei substantiva de um estado, (que determina por exemplo a ordem de prelação de credores), que posteriormente teria que ser trasladado à nova jurisdição competente, com outra lei substantiva aplicável aos processos falimentares (que determinaria por exemplo uma outra ordem distinta na prelação de credores), assim, apresentar-se-iam então conflitos de Lei entre os diferentes ordenamentos jurídicos. Estes conflitos de jurisdição serão analisados na seguinte seção deste escrito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A respeito da falência transnacional se tem escrito pouco no Brasil, pelo que querer aprofundar num tema tão importante resulta de grande mérito para a ciência do Direito Privado. Este escrito faz parte de uma primeira entrega de um trabalho de pesquisa em referência da aplicação das regulamentações internacionais da insolvência no âmbito interno da legislação brasileira. No desenvolvimento desta primeira entrega, abordou-se os antecedentes históricos e a teoria geral ao respeito da falência transnacional, introduziu-se em rasgos breves a regulamentação internacional aplicada nos casos da insolvência das empresas multinacionais, tomando como grande referente a Lei modelo da Uncitral e como regulação complementar os regulamentos expedidos pelo conselho da União Europeia, que proporcionam os fundamentos legais do direito da insolvência nas empresas do bloco comunitário.

Analisou-se o conflito de jurisdição, como um dos primeiros problemas na aplicação prática das leis de falência transnacional, nos casos sentenciados pelos tribunais contemporâneos. Concluiu-se que, muito embora os diplomas legais referenciados tenham mais de duas décadas no tráfego judicial contemporâneo, não existe certeza do tratamento que deveria ser dado a falência transnacional, quando existir conflitos positivos entre dois ou mais jurisdições. O trabalho de pesquisa, encaminhava na explicação dos conflitos de Lei entre os diferentes ordenamentos jurídicos; no tratamento da insolvência internacional na América latina e finalmente

na aplicação prática da falência transnacional no direito brasileiro, apresentando as tensões e os conflitos na adoção da Lei modelo e das leis internacionais, assim como as possíveis soluções de compatibilidade com a legislação falimentar interna.

REFERÊNCIAS

ARARIPE Átila; MOTA Monica; ALBUQUERQUE Renata. A evolução do instituto da falência: da pena capital à falência transnacional. *RVMD*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 209-226, jan./jun., 2016.

BATTELLO, Silvio Javier. *A falência internacional no Mercosul, proposta para uma Solução Regional*. Brasil: Juruá, 2011.

BOELE-WOELKI, Katharina. Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of laws. *Collected Courses, Academy of International Law, The Hague*, v. 340, 2010.

BOUTIN, Gilberto. *La insolvencia transfronteriza en el derecho internacional privado uniforme y en el Código Bustamante*. [S.l.]: DeCITA, 2009.

CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA, J. Armas legales contra la crisis económica: algunas respuestas del derecho internacional privado. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 5, n. 1, 2013 apud ORTEGA, José. *Insolvencia en la unión europea, el principio de universalidad en los procedimientos concursales transfronterizos*, 2016 f. 355. Tese (Doctorado en Derecho) – Universidad de Bologna, 2017.

CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. The legal framework for crossborder insolvency In Brazil. *Houston Journal Of International Law*, v. 32, n. 1.

CAMPUZANO, Beatriz. *La posición del TJCE con respecto a los problemas interpretativos que plantea el reglamento 1346/2000 en materia de insolvencia*. [S.l.]: DeCITA 2009.

CARBALLO, Laura. Procedimientos concursales y competencia judicial internacional: análisis de dos conceptos clave CEDEP 2009. In: FERNÁNDEZ Arroyo. DeCITA, derecho del comercio internacional temas y actualidades. *Insolvencia Internacional*. Paraguay, CEDEP, 2009. p. 9-33.

CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito empresarial esquematizado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ESPLUGUES, Carlo A. *La quiebra internacional*. Barcelona: Bosch. 1989.

FERNÁNDEZ Arroyo. DeCITA, derecho del comercio internacional temas y actualidades. *Insolvencia Internacional*. Paraguay, CEDEP, 2009.

GONZÁLES, Carlos. La empresa multinacional o transnacional. In: MATAMOROS, Laura Victoria. Estudios contemporáneos de derecho internacional privado. *Colombia Legis*, 2016. p. 203-227.

HANNAN, Neil. Cross-border insolvency: the enactment and interpretation of the UNCITRAL model law. Australia: Springer, 2017.

HEREDIA, Pablo, La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI ó UNCITRAL) sobre insolvencia transfronteriza de 1997. Buenos Aires Argentina. 2007

HIDVEGI, Susana. La insolvencia transfronteriza. In: MATAMOROS Laura Victoria. *Estudios contemporáneos de derecho internacional privado*. [S.l.]: Colombia Legis, 2016. p. 453-468.

KLEIN Luciane; GOMES Carolina, La problemática de la quiebra internacional en Brasil: ¿existen herramientas para la solución de conflictos internacionales? In: FERNÁNDEZ Arroyo. DeCITA, derecho del comercio internacional temas y actualidades. *Insolvencia Internacional*. Paraguay: CEDEP, 2009. p. 175-212.

LIMA, João. *A harmonização do direito privado*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, Ministério das Relações Exteriores, 2008. p. 117.

MIGUENS, Héctor José. La ocupación de las sociedades filiales de la quiebra de la sociedad Barcelona traction: lecciones nuevas de un viejo caso concursal de grupos de sociedades en crisis en el derecho español. *Revista de Derecho Mercantil*. n. 223, Madrid, 1997 apud RIPPE Siegbert. *Concursos de los conjuntos económicos*. Montevideo, Uruguay, 1998.

NISI, Nicolo. The recast of the insolvency regulation: a third country perspective. *Journal of Private International Law*, v. 13, n. 2, p. 324–355, 2017.

ORTEGA, José. *Insolvencia en la unión europea, el principio de universalidad en los procedimientos concursales transfronterizos*, 2016 f. 355. Tese (Doctorado en Derecho) – Universidad de Bologna, 2017.

RINGE, Wolf-Georg. Forum Shopping Under the EU Insolvency Regulation (August 1, 2008). *Oxford Legal Studies Research Paper*, n. 33, 2008. Available at: <SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1209822>>.

RIPPE, Siegbert. *Concursos de los conjuntos económicos*. Montevideo, Uruguay, 1998.

TUNG, Frederick. Skepticism about universalism: international bankruptcy and international relations. *UC Berkeley Law and Economics Working Paper*, n. 2001-7, apr. 4, 2001. Disponible em: <<http://ssrn.com/abstract=267437>>.

A LEI ANTICORRUPÇÃO E A IMPORTÂNCIA DE SUA NATUREZA PREDOMINANTEMENTE ADMINISTRATIVA

THE ANTICORRUPTION LAW AND THE IMPORTANCE OF ITS PREDOMINANTLY ADMINISTRATIVE NATURE

Luiz Augusto Curado Júnior¹

RESUMO

O presente artigo trata da relevância de a Lei nº 12.843/2013, a Lei Anticorrupção (LAC), possuir natureza predominantemente administrativa tendo em vista que o seu cerne é sancionar pessoas jurídicas que praticam atos lesivos contra a Administração Pública. Naturalmente, ante esse objetivo, era de se esperar que este diploma legal possuísse natureza criminal. No entanto, o legislador optou por prestigiar o Direito Administrativo Sancionador. Os motivos que embasaram essa escolha são o principal objeto deste trabalho. É traçada uma linha evolutiva das formas de gestão pública, considerando as características inerentes ao patrimonialismo, à burocracia e, por último, a mais atual, a nominada administração gerencial. Nesta última, também conhecida como sistêmica, aproveita-se a oportunidade para explorar algumas de suas peculiaridades que têm se mostrado como tendências no jeito de gerir a coisa pública: a contratualização e a consensualidade. Após, desenvolve-se sobre o Direito Administrativo Sancionador e suas idiossincrasias, comparando-as com alguns aspectos próprios do Direito Penal, demonstrando, assim, que a legislação administrativa pode apresentar vantagens em relação à criminal. Por fim, analisa-se o caso em concreto da LAC, expondo os benefícios de sua natureza administrativa para a aplicação dessa legislação, sobretudo, no tocante ao acordo de leniência, instituto jurídico cuja existência e aplicação reflete o hodierno espírito do Direito Administrativo Sancionador, que alia à prerrogativa estatal de punir à prática de firmar acordos administrativos de natureza consensual.

Palavras-chave: Lei Anticorrupção. Administração pública consensual. Direito administrativo sancionador. Combate à corrupção.

ABSTRACT

¹ Aluno do curso de pós-graduação *lato sensu* de Direito Penal e Controle Social do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

The following article approaches the relevance of Law nº 12.843/2013, the Anti-Corruption Law (ACL), with predominantly administrative nature, considering that its core is to sanction legal entities that perform harmful activities against the Public Administration. Naturally, regard to this objective, it was plausible to expect that this legal duty had criminal nature. Nonetheless, the lawmaker opted to give prestige to Sanctioning Administrative Law. The reasons that based this decision are the main object of this paper. It is traced an evolutionary timeline of different public management forms, considering the features inherent to patrimonialism, bureaucracy, and the most recent, named as managerial administration. In the latter one, also known as systemic, we take the opportunity to explore some of its peculiar features that has being considered tendencies regard to how to manage the public affairs: contractualisation and consensuality. Further, the article deals with Sanctioning Administrative Law and its idiosyncrasies, comparing them with some aspects from Criminal Law itself, demonstrating thus that the administrative legislation indeed can provide advantages compared to the criminal one. Lastly, the concrete case of ACL is analyzed, revealing the benefits due to its administrative nature for the application of this legislation, overall concerning the leniency agreement, legal institute which existence and application reflect the present spirit of Sanctioning Administrative Law, that aligns itself with the state principle of punishing the practice of consensual nature administrative agreements ratification.

Keywords: Anti-Corruption Law. Consensual public administration. Sanctioning administrative law. Fight against corruption.

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, também conhecida como Lei Anticorrupção (LAC), dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública nacional ou estrangeira.

O advento da LAC decorreu de uma série de compromissos internacionais firmados entre diversos países para reprimir a conduta antiética de empresas que contratam com a Administração Pública. Dentre esses acordos estão a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, de 1997 (promovida pela Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento – OCDE); a Convenção Internacional contra a Corrupção, de 2002; e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 2006².

Com o objetivo de seguir a tendência mundial, o Poder Executivo federal, no ano de 2010, encaminhou mensagem ao Congresso Nacional, propondo projeto de

² SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na Lei Anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017. p. 23.

lei que passou a tramitar na Câmara dos Deputados, sob o número de PL nº 6.826/2010 e que, após uma série de emendas, resultou na Lei nº 12.846/2013, ora estudada.

Após uma rápida leitura do texto da LAC, observa-se que o legislador optou por prestigiar o Direito Administrativo Sancionador como o ramo do Direito responsável por apurar a ocorrência de atos lesivos à Administração Pública e de punir as pessoas jurídicas por eles responsáveis.

Pela tradição do sistema jurídico brasileiro, era de se esperar que a LAC, por cuidar de combate a ilícitos, fosse uma legislação própria do Direito Penal, que, nos ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci,

é o conjunto de normas jurídicas voltado à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação.³

No entanto, o legislador escolheu outro caminho.

Estudar os motivos pelos quais se priorizou o Direito Administrativo na elaboração da legislação em comento é a finalidade deste trabalho. Para tanto, mostra-se necessário tecer considerações acerca da evolução do estudo do Direito Administrativo no Brasil até seu estágio atual, abordando a contratualização e consensualidade, institutos tão presentes na Administração Pública hodierna. A partir desse ponto, será realizada uma análise da LAC, sobretudo com foco no acordo de leniência nela previsto, no contexto do Direito Administrativo contemporâneo.

2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O DIREITO ADMINISTRATIVO

Até o século XVIII, José dos Santos Carvalho Filho⁴ ensina que o regime de governo vigorante era o das monarquias absolutistas, forma de governo em que todos os poderes estatais estavam concentrados nas mãos do monarca, o que tornava frágil a relação entre o Estado e os súditos.

³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 71.

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 21.

Com a teoria da separação dos poderes, concebida por Montesquieu, o Estado passou a distribuir seu poder político, o que permitiu que em sua figura se reunisse, ao mesmo tempo, o sujeito ativo e passivo do controle público.

De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁵, o amadurecimento da teoria tripartite de Montesquieu se deu com a ocorrência das três grandes Revoluções Liberais: (i) Revolução Gloriosa (1688 a 1689), na qual se deu a contribuição inglesa no tocante à independência do Parlamento em relação à Coroa; (ii) Revolução Americana (1755 a 1783), que contribuiu com a independência da Suprema Corte americana dos Estados Unidos da América; e (iii) Revolução Francesa (1789 a 1799), na qual se conferiu independência à Administração Pública.

Nesse cenário, de acordo com Fábio Medina Osório⁶, o Direito Administrativo surge na Europa como um conjunto de regras especiais que excepcionavam as normas de Direito Civil para as relações em que a Administração Pública estivesse presente, inserido num processo progressivo de racionalização do poder político.

O desenvolvimento dessa Ciência é bem perceptível a partir do século XVIII, sobretudo com a eclosão das grandes revoluções daquele período.

Osório⁷ destaca que o tratamento científico do Direito Administrativo acontece, efetivamente, no século XIX, com a conjugação de 3 fatores básicos: (i) surgimento da Administração como realidade autônoma e progressivamente diferenciada dentro do aparato do próprio Estado; (ii) a efetivação do princípio da legalidade por meio dos diversos mecanismos de Justiça Administrativa; e (iii) a criação de cátedras universitárias dedicadas ao estudo da nova Ciência.

A evolução histórica do estudo do Direito Administrativo, segundo João Batista Gomes Moreira⁸, é marcada por 3 modelos básicos de gestão pública: (i) a

⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Evolução dos controles de juridicidade no Estado democrático de direito: a busca pelo equilíbrio entre o político e o jurídico: revisitando a missão da Advocacia do Estado. In: ENCONTRO NACIONAL DOS ADVOGADOS DA UNIÃO (ENAU), 13., Brasília, 2012. p. 10.

⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 64.

⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 64.

⁸ MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. 3. ed. São Paulo: Fórum, 2016. p. 157.

patrimonialista; (ii) a burocrática; e (iii) a sistêmica (ou gerencial, conforme a linguagem utilizada pelo neoliberalismo).

No subtópico a seguir, serão traçadas breves considerações sobre esses tipos de gestão pública já superados, o patrimonialista e o burocrático, e no subsequente, se estenderá um pouco mais sobre o modelo de administração gerencial, também conhecido como sistêmico, uma vez que é o modelo vigente e em constante evolução.

2.1 Da administração pública patrimonialista à burocrática, breve histórico.

A administração pública **patrimonialista** é aquela que, como já registrado, é própria dos regimes absolutistas, na qual prevalecia a vontade pessoal do príncipe (*l'État c'est moi*).

Luiz Carlos Bresser Pereira⁹, sintetiza bem as principais características desse modelo de gestão pública, afirmando que no patrimonialismo,

o aparelho do Estado funciona como uma extensão do poder do soberano, e os seus auxiliares, servidores, possuem status de nobreza real. Os cargos públicos são considerados prebendas e há confusão entre a res publica e a res principis.

Em decorrência disso, a corrupção e o nepotismo são peculiares a esse tipo de administração.

O afloramento do capitalismo e da democracia fez com que o mercado e a sociedade civil passassem a se distinguir do Estado, tornando insustentável esse arquétipo de gestão.

Como resposta à corrupção e ao nepotismo, típicos do patrimonialismo, surge na metade do século XIX, o sistema de administração **burocrático**, cujo maior expoente é o jurista e economista Max Weber.

As premissas desse novo sistema de gestão, também conhecido como modelo racional-legal, são: a profissionalização; a ideia de carreira; a hierarquia funcional; a impessoalidade; e o formalismo.

⁹ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Plano Diretor da Reforma do Estado*. Brasília, 1995. Disponível em: <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2017. p. 15.

Por ser o principal objetivo dessa forma de gerir a repressão à corrupção e ao nepotismo, os controles administrativos são realizados *a priori*, tornando rígidos processos como os de admissão de pessoal e de compras, em razão da desconfiança em relação à forma de agir dos administradores públicos.

O excesso de preocupação com a rigidez dos controles faz com que o Estado volte sua atenção para si mesmo, relegando sua principal missão, a de servir à sociedade, para segundo plano.

Bresser Pereira leciona que a qualidade fundamental da administração pública burocrática é o controle dos abusos, enquanto suas falhas são a ineficiência; a auto-referência; e a incapacidade de focar na prestação de serviços públicos. Ressalta, no entanto, que este último defeito – o de não concentrar esforços no atendimento à sociedade – não era patente à época, tendo em vista que os serviços oferecidos pelo Estado eram mínimos, limitavam-se a manter a ordem, administrar a justiça e garantir os contratos e a propriedade¹⁰.

2.2 Administração pública gerencial e breves comentários sobre contratualização e consensualidade

Com a expansão das funções econômicas e sociais do Estado, além do grande avanço tecnológico e do crescente processo de globalização da economia mundial, surge, na segunda metade do século XX, um novo modelo de gestão que visava a reformulação do sistema até então vigente por meio do enfrentamento dos problemas já referenciados, com especial destaque para a ineficiência estatal na prestação de serviços públicos e de implementação de políticas públicas.

A finalidade da administração pública, agora nominada de sistêmica ou gerencial, passa a ser a eficiência, tanto pela necessidade de reduzir custos, sobretudo do aparato dos controles administrativos, quanto pela obrigação de aumentar a qualidade dos serviços prestados¹¹.

¹⁰ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Plano Diretor da Reforma do Estado*. Brasília, 1995. Disponível em: <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2017. p. 15.

¹¹ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Plano Diretor da Reforma do Estado*. Brasília, 1995. Disponível em: <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2017. p. 16.

Esse novo modelo de gestão pública, no entanto, não nega todos os princípios burocráticos, mas flexibiliza alguns dos primados herdados. São mantidos, por exemplo, os pilares da avaliação sistemática, da recompensa pelo desempenho e da capacitação permanente (profissionalização), e a estes somados a orientação para o cliente-cidadão, o controle por resultados e a competência administrada.

A grande mudança em relação ao arquétipo anterior está no momento do controle administrativo. Deixa-se de se ocupar com controles prévios para se ater a controles de resultados, dando-se, assim, mais liberdade de agir aos gestores públicos, de forma a enaltecer a eficiência da prestação de serviços e de implementação de políticas públicas.

Outra alteração promovida pela administração pública gerencial está na visão de interesse público que não pode ser confundido como interesse do próprio Estado, o que acontecia com frequência na administração burocrática. Ali, o interesse público era encarado como uma forma de se auto afirmar o poder estatal e comumente eram empregados recursos públicos para atender a própria máquina burocrática. Já no modelo atual, o interesse público toma seu verdadeiro espaço, qual seja, o interesse da coletividade: a prestação de serviços públicos e a implementação de políticas públicas¹².

A administração gerencial passa a enxergar o cidadão como contribuinte de impostos e como cliente de serviços. Os resultados da gestão são considerados satisfatórios na medida em que a administração atende às necessidades do cidadão e não em razão de os processos administrativos estarem sob controle e seguros (ótica do sistema burocrático).

Moreira¹³ revela que, com fito de se aproximar do cidadão e de suas necessidades, a administração sistêmica possui como uma de suas propostas a **horizontalização** das relações entre a administração pública e a sociedade, uma vez que, no âmbito da burocracia, tais relações eram verticalizadas em forma de pirâmide, cujo ápice era ocupado pelo Estado. O que se pretende com isso é que o

¹² PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Plano Diretor da Reforma do Estado*. Brasília, 1995. Disponível em: <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2017. p. 17.

¹³ MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. 3. ed. São Paulo: Fórum, 2016. p. 163.

Poder Público abandone o posto de supremacia para ocupar uma posição de auxiliar, tendo uma relação nivelada com o cidadão.

Em decorrência desse esforço de horizontalização, advém na gestão sistêmica a ênfase da administração em pactuar, ou seja, celebrar contratos administrativos.

Odete Medauar¹⁴ ensina que, diferentemente de outrora, em que se entendia que a Administração Pública não poderia celebrar contratos por ocasião da posição de supremacia que ocupava em relação ao particular e que toda e qualquer relação que a envolvesse só deveria se dar pela edição de atos administrativos, começou-se a encarar de forma positiva a **contratualização** administrativa.

Inicialmente, admitiu-se a teoria de um contrato administrativo em que a Administração Pública contratante dispusesse de certas prerrogativas em relação ao particular contratado, com a finalidade de assegurar o atendimento do interesse geral ao mesmo tempo em que se tentasse não sacrificar o interesse pecuniário da iniciativa privada contratada. Tais prerrogativas, conhecidas como cláusulas exorbitantes possibilitavam à Administração a modificação unilateral dos contratos privados; o amplo controle e acompanhamento da execução do contrato; o direito de impor sanções ao particular contratado; e a proibição deste invocar a *exceptio no adimpleti contractus* (possibilidade de o devedor se recusar a prestar sua obrigação contratual em razão de a Administração não ter cumprido o compromisso que a competia).

Com o passar do tempo, essa forma de contratualização administrativa, que guardava prerrogativas à Administração, evoluiu, horizontalizando mais ainda sua relação com os particulares contratados. Hodiernamente, existe um esforço concentrado na transformação da visão do papel de contratante e contratado no de parceiros ou colaboradores, além de inúmeras críticas àqueles que insistem na necessidade de prevalência da posição de superioridade do Poder Público, uma vez que, dentre outros argumentos, conceber tal desigualdade entre pactuantes seria o mesmo que negar a existência do contrato.

¹⁴ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 259.

Jacques Chevallier¹⁵ pontua que a contratualização é emblemática na atual forma de gestão pública, na medida em que se dissemina como tendência sob diversas denominações (cartas, convenções, acordos, pactos, dentre outros), se proliferando de forma ágil e guardando pouca semelhança com os contratos clássicos. Ao encontro desse entendimento está o pensamento de Gabriel Eckert que sustenta que há duas décadas registra-se a multiplicação de formas contratuais inéditas e que há extrema diversificação dos modos contratuais¹⁶ e o de D'Alberti que salienta que

O ato administrativo estava no centro da atividade administrativa [...] O contrato estava à margem do sistema de direito administrativo. A contratualidade tomou corpo gradualmente ao longo do século XX¹⁷.

Pontier ressalta que a contratualização é a estrela do novo direito administrativo pois representa a progressiva renúncia do Estado de agir unilateralmente, para buscar um acordo com as pessoas concernentes, partindo da ideia que essa contratualização possibilitará melhor execução do que o ato unilateral¹⁸.

Vale destacar que essa variedade de novos tipos de contratos administrativos, que se distinguem daqueles considerados clássicos, sendo cada qual com suas peculiaridades, emergiu no Brasil, a partir de 2003. Dentre esses estão: nas parcerias público-privadas, a concessão patrocinada e a concessão administrativa; o contrato de consórcio público; a concessão florestal; o contrato de programa; o contrato de rateio; o contrato de repasse; os acordos regulatórios; no que tange ao Regime Diferenciado de Contratação (RDC), o contrato de eficiência; o contrato de remuneração variável; o termo de colaboração; o termo de fomento¹⁹.

¹⁵ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 268.

¹⁶ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 269.

¹⁷ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 269.

¹⁸ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 270.

¹⁹ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 271.

Em suma, o que se observa é que a necessidade que a Administração Pública possui de se aproximar da realidade do cidadão tem como objetivo melhor cumprir sua finalidade precípua que nada mais é do que atender as carências (cada vez mais numerosas) daquele que lhe paga impostos. Como consequência direta desse novo desenho social, percebe-se a imprescindibilidade de o Poder Público não mais impor condições e desmandos quando na posição de contratante, mas de compor, de buscar soluções mais eficientes e menos custosas e pactuar não com alguém inferior no outro polo do acordo, mas com um parceiro.

Destarte, quanto melhor for a relação entre a Administração Pública pactuante e o pactuado, mais proveitoso será o acordo, tendo em vista que a **contratualização** é o reflexo de um outro preceito administrativo, tido como um dos mais relevantes da administração sistêmica contemporânea, qual seja, a **consensualidade**.

Para de Juliana Bonacorsi de Palma, consensualidade corresponde a qualquer forma de acordo de vontades da Administração Pública, abrangendo indistintamente acordos judiciais, acordos intragovernamentais e os contratos administrativos em geral²⁰. A doutrinadora, no entanto, prefere ter em conta uma definição mais restrita do tema que se consubstanciaria em uma técnica de gestão administrativa por meio da qual acordos entre Administração Pública e administrado são firmados com vistas à terminação consensual do processo administrativo pela negociação do exercício do poder de autoridade estatal (prerrogativas públicas).

Helio Saul Mileski²¹ relaciona a consensualidade e o estabelecimento de acordos pela Administração Pública, como frutos da já mencionada horizontalização do Poder Público, fenômeno que propicia a participação da sociedade no processo de tomada de decisões administrativas. Segundo o autor, a participação do cidadão nas decisões da Administração evidencia a necessidade da busca pelo consenso, situação em que se deve conciliar os interesses públicos e os privados, não havendo motivo para a prevalência de um sobre o outro, uma vez que a resolução de conflitos deve afastar o rompimento e buscar a conciliação de interesses.

²⁰ PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção administrativa e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 111.

²¹ MILESKI, Helio Saul. *O Estado contemporâneo e a corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 107.

Medauar, trilha o mesmo entendimento quando reforça que a participação é instrumento para promover a transformação do modelo de atuação dos complexos burocráticos estatais, contrapondo às opressões do burocratismo governamental, a simplificação, a descentralização e o incentivo ao espírito de colaboração. A doutrinadora aduz, ainda, que a participação da sociedade nas tomadas de decisões administrativas ajuda a formar uma

 ponte entre um mundo administrativo muito fechado e cidadãos muito esquecidos, ocorrendo, portanto, ruptura da imagem clássica de uma dualidade radical entre Administração e administrado e decréscimo da oposição entre autoridade e liberdade.²²

A tendência, conforme afirmam Gustavo Justino de Oliveira e Cristiane Schwanka²³, é que a Administração Pública valorize cada vez mais uma forma de gestão cujas referências são o acordo; a negociação; a coordenação; a cooperação; a colaboração; a conciliação; a transação; dentre outros institutos de base consensual passíveis de serem empregadas pela Administração Pública na consecução de suas atividades e atingimento de seus fins. Segundo esses autores, a consensualidade administrativa pode ser considerada gênero que abarca todos os ajustes negociais e pré-negociais, formais e informais, vinculantes e não-vinculantes, passíveis de serem empregados pela Administração Pública na consecução de suas atividades e atingimento de seus fins.

Isso tudo, sustentam Oliveira e Schwanka²⁴, já vem ocorrendo em setores e em atividades onde, preferencial ou exclusivamente, eram reservados ao tradicional modo de administrar: a via impositiva ou autoritária.

De fato, a prática consensual parece ser o caminho a ser trilhado pela Administração Pública, como se observa de algumas iniciativas legislativas dando

²² MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 295.

²³ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública do séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 104, jan./dez. 2009. p. 310.

²⁴ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública do séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 104, jan./dez. 2009. p. 310.

suporte legal a essa forma de atuação. Dentre alguns diplomas legais que legitimam essa postura de gestão estão: o Decreto-Lei nº 3.365/194 (prevê a possibilidade de desapropriação por utilidade pública se dar por acordo; a Lei nº 7.347/1985 (Lei da ação civil pública que prevê o compromisso de ajustamento de conduta); a Lei nº 8.884/1994, revogada pela Lei nº 12.529/2011 (Lei antitruste que prevê a possibilidade de estabelecer acordos de leniência com pessoas físicas e jurídicas que tenham praticado infração à ordem econômica); e o novo Código de Processo Civil de 2015, que trouxe, por meio de

disposição cogente a criação de câmaras de mediação e conciliação pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com a competência para resolução dos conflitos administrativos, ampliando o escopo da consensualidade a todas as esferas da Administração Pública.²⁵

Há de se reservar menção de destaque à Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção – LAC), objeto de estudo deste artigo, que prevê em seu artigo 16 a possibilidade de se estabelecer acordos de leniência com pessoas jurídicas que tenham cometido algum(s) dos atos lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira estabelecidos em seu artigo 5º. Mediante tal ajuste, a pessoa jurídica infratora pode obter o abrandamento de penalidades previstas na lei ao oferecer informações e documentos ao Poder Público que possibilitem que este, de forma mais célere e menos custosa, obtenha as provas necessárias à comprovação do ilícito em apuração e identifique os demais envolvidos na infração.

Será com base nos comentários realizados sobre consensualidade administrativa aliadas à percepção conceitual ampla de contratualização aplicados ao poder de polícia da Administração Pública que se avançará ao próximo ponto do trabalho que se debruçará sobre o Direito Administrativo Sancionador e sua atuação na LAC.

²⁵ SCHOLZE, Victor; FERNANDES, J. U. Jacoby. A solução consensual de conflitos na administração pública promovida pelo novo Código de Processo Civil. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 15, n. 176, out. 2015.

3 DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

Vale trazer ao lume uma singela definição de Direito Administrativo Sancionador com fito de facilitar o entendimento sobre tema.

Capez, Marzagão Júnior e Correali²⁶, definem esse ramo do Direito como sendo aquele que guarda relação com a atividade de punir do Estado, manifestando-se por meio da sanção administrativa.

Assim, cumpre, inicialmente, tecer algumas considerações acerca do **poder punitivo estatal** e também de definições de **sanção administrativa**, diferenciando-a das sanções penais.

Quanto ao **poder punitivo estatal**, Moreira Neto e Flávio Amaral Garcia²⁷ ensinam que este, tanto no **Direito Penal** quanto no **Direito Administrativo Sancionador**, funda-se sobre um conjunto de princípios e regras garantidoras de direitos dos administrados e dos cidadãos que, apesar das diferentes formas de aplicação, a depender de se tratar de infração penal ou administrativa, informa o *ius puniendi* do Estado. Sem a observância a esses parâmetros, a atuação estatal se tornaria ilegítima e arbitrária.

Osório²⁸ também compartilha desse entendimento de grande aproximação entre o Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador ao reconhecer a pertinência

Da sanção administrativa no universo do Direito Punitivo, por suas conexões e paralelos com a teoria da sanção penal, que lhe serve de referência. Esse Direito Punitivo, quando incidente no campo do Direito Administrativo, transforma-se em Direito Administrativo Sancionador.

No tocante à sanção administrativa, uma das conceituações mais completas é a apresentada por Fábio Medina Osório:

²⁶ CAPEZ, Fernando; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte Idalino; CORREALI, Maurício. Atividades comerciais desviantes e o direito administrativo sancionador. In: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte Idalino (Coord.). *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 75-93.

²⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. A principiologia no direito administrativo sancionador. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, out./dez. 2013. p. 9.

²⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 87.

a de que consiste em um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente ‘pro futuro’, imposto pela a Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo. A finalidade repressora, ou punitiva, já inclui a disciplinar, mas não custa deixar clara essa inclusão, para não haver dúvidas.²⁹

A doutrina de um modo geral não defende a existência de diferenças substanciais entre as normas penais as normas administrativas sancionadoras, seja para distinguir ilícitos penais de administrativos pelo critério do conteúdo ou pela qualidade das penas, salvo em isoladas situações limitações constitucionais em que revelam natureza penal (privação de liberdade). Vê-se essa identidade entre ilícitos penais e administrativos no momento em que se nota que o legislador estampa amplos poderes discricionários na administrativização de ilícitos penais ou na penalização de ilícitos administrativos. Pode hoje um ilícito ser penal e no dia seguinte amanhecer administrativo ou vice-versa³⁰.

Osório³¹ leciona que, diferentemente do que se apregoa em parte da literatura sobre o tema, não existe, necessariamente, uma hierarquia de gravidade entre as infrações e respectivas sanções penais e administrativas, podendo, inclusive, uma sanção administrativa causar maior “dor” e “sofrimento” ao infrator do que uma sanção penal ou o mesmo maior impacto a direitos fundamentais.

Destarte, de acordo com essas ideias mostra-se equivocado o raciocínio que comumente se constrói a partir da leitura da definição de Direito Penal, de Guilherme de Souza Nucci, por exemplo:

é o ramo do ordenamento jurídico que se ocupa dos mais graves conflitos existentes, devendo ser utilizado como última opção do legislador para fazer valer as regras legalmente impostas toda a comunidade, utilizando-se da pena como meio

²⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 107.

³⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 123.

³¹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 156.

de sanção, bem como servindo igualmente para impor limites à atuação punitiva estatal, evitando abusos e intromissões indevidas na esfera de liberdade individual.³²

Da definição supra, infere-se que caberia, única e exclusivamente, ao Direito Penal cuidar dos mais graves conflitos existentes. Isso, de fato, não parece ser uma verdade absoluta, uma vez que a própria lei, objeto do presente estudo, Lei nº 12.846/2013, trata de repressão a um ilícito que deve ser considerado gravíssimo, a corrupção, prevendo penalidades bem severas como interdição temporária das atividades da pessoa jurídica infratora e até mesmo sua dissolução e, ainda sim, possui natureza preponderantemente administrativa.

Parece necessário, então, indo ao encontro das ideias de Osório, fazer uma ressalva à definição de Direito Penal acima transcrita para incluir ali a possibilidade de incidir norma do Direito Administrativo Sancionador, também, quando se tratar de analisar os mais graves conflitos existentes.

Ou seja, tanto o Direito Penal quanto o Direito Administrativo Sancionador devem ser considerados a *ultima ratio* pelo legislador. Devendo-se lançar mão deles somente quando não houver outra alternativa para reprimir infrações consideradas importantes. Isso porque existem outros ramos do Direito aptos a solucionarem as desavenças e as lides surgidas na comunidade, compondo-as sem maiores dificuldades, e a sua invocação de forma desmedida pode banalizar a punição, tornando-a ineficaz.

À vista disso, percebe-se que compete ao legislador configurar, de forma discricionária, se determinado ilícito deve ser considerado penal ou administrativo e, conseqüentemente, se a sanção a ser aplicada é penal ou administrativa³³. Fato é que a natureza do ilícito deve ser bem definida para que se possa conduzir o processo de acordo com as regras que lhe forem inerentes (penal ou administrativo) pela autoridade competente (juiz ou autoridade administrativa).

Essa similaridade entre esses dois ramos do Direito pode ser explicada pela origem comum. Ambos, Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador,

³² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 76.

³³ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 158.

obedecem a comandos constitucionais e, em razão disso, submetem-se a princípios inerentes à Carta Magna que norteiam o poder punitivo estatal.

3.1 Princípios aplicáveis ao direito administrativo sancionador

Em consonância com o entendimento de similitude entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador, Moreira Neto e Garcia³⁴ sustentam que a Constituição Federal de 1988 assegurou às pessoas um *conjunto de princípios garantísticos de contenção do poder punitivo estatal*, independentemente de a sanção ser aplicada pela a Administração Pública ou pelo Estado Juiz. São eles, sucintamente, apresentados como: (i) princípio do devido processo legal; (ii) princípio da segurança jurídica; (iii) princípio da legalidade e (iv) princípio da tipicidade.

O princípio do devido processo legal, previsto no art. 5º, LIV, da Constituição Federal, ao dispor que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, dá amparo constitucional ao Direito Administrativo Sancionador, impondo limites ao seu poder de punir.

Pode-se considerar como decorrência desse preceito, a necessidade de se assegurar às partes, em processo administrativo ou judicial, o direito à **ampla defesa** e ao **contraditório**, que, sinteticamente, se consubstanciam na garantia de proporcionar às partes a oportunidade de serem ouvidas de forma irrestrita, tendo a liberdade de produção de provas. Trata-se, aqui, da busca pelo equilíbrio de forças, paridade de armas e preservação da presunção de inocência³⁵.

Outro preceito que deriva e está intimamente ligado ao princípio do devido processo legal é o da proporcionalidade/razoabilidade. No Direito Administrativo Sancionador, a lei deve estabelecer tipos delitivos que guardem correlação lógica com a aplicação de sanções que sejam proporcionais às infrações administrativas cometidas, de forma a circunscrever a liberdade do legislador de definir a gravidade da conduta ilícita e sua respectiva penalidade.

³⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. A principiologia no direito administrativo sancionador. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, out./dez. 2013. p. 11.

³⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 133.

Quanto ao princípio da segurança jurídica, este tem essencial aplicação no âmbito do Direito Administrativo Sancionador. Segundo Luís Roberto Barroso³⁶, esse preceito designa um conjunto abrangente de ideias, aqui, concisamente, apresentadas: (i) existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade; (ii) confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade; (iii) estabilidade das relações jurídicas, manifestada pela durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da nova lei; (iv) previsibilidade de comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados; e (v) igualdade perante a lei, garantindo soluções isonômicas para situações semelhantes.

Para a observância efetiva do princípio da segurança jurídica, faz-se necessária a diminuição, ao máximo, do espaço que se dá à discricionariedade do aplicador da norma, quando esta deixa de, por exemplo, fixar valores mínimos e máximos de multas sem fixar parâmetros para que a autoridade administrativa sancionadora possa dosar de forma equilibrada a aplicação da pena.

O art. 5º, II e XXXIX, da Constituição Federal, respalda o Direito Administrativo Sancionador quando consigna o princípio da legalidade, qual seja, o de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei e de que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Assim, não é possível à autoridade administrativa sancionadora punir alguma conduta sem que esta esteja prevista em lei em sentido formal, uma vez que a imposição de sanções administrativas a particulares representa a limitação a esses de uso de seus bens e patrimônio, ou seja, significa uma restrição a direitos individuais.

O princípio da tipicidade é corolário do princípio da legalidade, tendo em vista que exige o detalhamento específico das condutas e comportamentos dos administrados e das reprimendas aplicáveis, e permite maior previsibilidade ao administrado acerca das consequências suas ações.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 50.

Moreira Neto e Garcia³⁷ advertem que a tipicidade administrativa admite certa flexibilização, por vezes, inaceitável no Direito Penal, pois a tipicidade penal, por, eventualmente, repercutir na *restrição de liberdade de ir e vir*, exige maior grau de rigidez do que no Direito Administrativo Sancionador.

Segundo os aludidos autores, no Direito Penal existe uma correlação quase que absoluta e vinculativa entre o crime e a pena, enquanto que no Direito Administrativo Sancionador aceita-se um espaço para a flexibilização e valoração da infração e da sanção. Essa flexibilidade moderada, no entanto, não pode significar liberdade excessiva conferida ao aplicador da norma a ponto de transformar discricção em arbítrio.

3.2 Princípio da consensualidade aplicado direito administrativo sancionador

Pode-se aproveitar essa oportunidade para, reforçando a compreensão de Moreira Neto³⁸ sobre o tema, e considerando sua conveniência para a consecução deste trabalho, cogitar a possibilidade de alçar a consensualidade ao *status* constitucional, passando a nominá-lo de princípio da consensualidade, cuja existência terá o condão de iluminar inúmeras relações entre sociedade e Estado e de facilitar, assim a aplicação e o aperfeiçoamento dos institutos consensuais existentes.

O princípio da consensualidade teria como fundamento, segundo Moreira Neto, o art. 1º, I a III e parágrafo, da Constituição Federal/1988 – a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o valor da livre iniciativa – considerando, também, que o homem é a fonte do poder do Estado; que o objetivo fundamental da república é a construção de uma sociedade livre (art. 3, II, CF/1988); e que a solução pacífica dos conflitos é um princípio internacional a prevalecer nas relações internacionais, com idêntica razão deve preponderar nas relações nacionais (art. 4º, VII, da CF/1988).

³⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. A principiologia no direito administrativo sancionador. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, out./dez. 2013. p. 24.

³⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 231, jan./mar. 2003. p. 156.

Moreira Neto³⁹, como exemplo de aplicação do princípio da consensualidade, chama a atenção para a formulação de acordos substitutivos. Tais acordos são instrumentos administrativos que podem ser ocasionalmente adotados pela Administração, sempre que, de ofício ou por provocação do interessado, verificar que uma decisão unilateral de um processo

Poderá ser vantajosamente substituída por um acordo em que o interesse público, a cargo do Estado, possa ser atendido de modo mais eficiente, mais duradouro, mais célere ou com menores custos.

Importante destacar que, nessas circunstâncias, não se pensa em negociar o interesse público, mas de negociar formas de atingi-lo com maior eficiência.

Diego Franco de Araújo Jurubeba⁴⁰ salienta que a opção por utilizar ajustes bilaterais em vez da prática tradicional de decisões unilaterais pela Administração Pública tem se difundido na aplicação do Direito Administrativo Sancionador, oportunizando ao Poder Público e aos administrados transigirem, mediante concessões recíprocas, pondo

a termo a controvérsia sobre determinada ou determinadas relações jurídicas, seu conteúdo, extensão, validade ou eficácia. O autor reforça que esse acordo constitui uma espécie de contrato administrativo.

Tira-se daí a base teórica para o instituto do acordo de leniência previsto na Lei nº 12.846/2013, a Lei Anticorrupção (LAC), que será melhor debatido no tópico seguinte, por consistir em uma vantagem a ser considerada na avaliação dos benefícios de ser esse diploma de natureza predominantemente administrativa

³⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 231, jan./mar. 2003. p. 153

⁴⁰ JURUBEBA, Diego Franco de Araújo Jurubeba. Direito administrativo e participação democrática: análise dos fundamentos e técnicas da administração pública consensual. *Revista da AGU*, Brasília, v. 15, n. 1, jan./mar. 2016. p. 191.

4 COMENTÁRIOS SOBRE A LEI Nº 12.846/2013, A LEI ANTICORRUPÇÃO: ASPECTOS INERENTES À SUA NATUREZA ADMINISTRATIVA.

A Lei nº 12.846/2013, LAC, conforme já mencionado, dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública nacional ou estrangeira.

Em consulta à exposição de motivos da referida lei, observa-se que o relator do projeto de lei, Deputado Federal Carlos Zarattini, aduziu que havia

necessidade de elaboração de legislação específica que alcançasse, por meio da responsabilização administrativa e civil, as pessoas jurídicas responsáveis pelos atos de corrupção descritos nos acordos internacionais, posto que os atos de corrupção ativa e passiva estabelecidos como crime em nosso direito penal têm o poder de atingir apenas as pessoas naturais⁴¹.

Com base nessa justificativa de afastar o caráter criminal dessa legislação, nota-se, no caso em concreto, a aplicação da já aludida lição de Osório que firma ser opção do legislador, à sua discricionariedade, elaborar norma que configure determinada conduta como ilícita no âmbito criminal ou administrativa. No caso, como se viu, privilegiou-se a esfera administrativa.

Vê-se essa opção pode ter sido, também, uma espécie de *drible* do legislador no sistema jurídico nacional para evitar que a norma fosse considerada inconstitucional. Isso porque a Carta Magna aceita somente a responsabilização criminal de pessoa jurídica quando da prática de crimes ambientais.

Nucci⁴², contrário à natureza não-penal da LAC, defende que a Constituição Federal agasalha, além da já consagrada responsabilização penal de pessoas jurídicas pelo cometimento de crimes ambientais (art. 225, § 3º, da CF/1988), também a decorrente da prática de crimes econômico-financeiros e contra a economia popular, conforme dispõe o art. 173, § 5º, da CF/1988. Segundo ele,

⁴¹ Exposição de motivos da LAC. BRASIL. *Exposição de Motivos da Lei nº 12.846*, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1084183.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2017. p. 51.

⁴² NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 88.

se a pessoa jurídica tem respondido criminalmente por seus delitos ambientais, recebendo sanções compatíveis com sua natureza, é preciso, formalmente, ampliar a viabilidade de punição para o cenário penal, envolvendo crimes de corrupção, que constituem atos lesivos aos cofres públicos e, conseqüentemente, à ordem econômica e financeira do país.

Posicionamento identicamente robusto, mas que vai de encontro ao de Nucci, é o de Modesto Carvalhosa. Segundo este, o legislador ao estabelecer a **responsabilização objetiva** da pessoa jurídica em relação à prática de atos lesivos à Administração Pública, acabou por afastar a aplicação do Direito Penal, fundado no aspecto subjetivo da conduta (dolo ou culpa).

Ademais, é relevante considerar, ainda, que o relator do projeto de lei consignou, na exposição de motivos da LAC, que se preferiu a responsabilização civil e administrativa da pessoa jurídica

porque **o Direito Penal não oferece mecanismos efetivos ou céleres para punir as sociedades empresárias**, muitas vezes as reais interessadas ou beneficiadas pelos atos de corrupção. A responsabilização civil, porque é a que melhor se coaduna com os objetivos sancionatórios aplicáveis às pessoas jurídicas, como por exemplo o ressarcimento dos prejuízos econômicos causados ao erário; e o **processo administrativo, porque tem-se revelado mais célere e efetivo na repressão de desvios em contratos administrativos e procedimentos licitatórios, demonstrando melhor capacidade de proporcionar respostas rápidas à sociedade.**⁴³ (grifos acrescidos).

A celeridade na apuração do ilícito e da efetiva aplicação da sanção, apontada no excerto supratranscrito da exposição de motivos da LAC, aliadas ao menor custo de todo o processo, são fatores vantajosos sob a ótica da natureza administrativa da lei. Isso se dá em razão de o art. 8º da lei prever que a instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade da pessoa jurídica cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Ora, se compete ao próprio órgão lesado pela prática de atos ilícitos, instaurar e julgar o processo administrativo que visa à apuração da responsabilidade da pessoa

⁴³ Exposição de motivos LAC. BRASIL. *Exposição de Motivos da Lei nº 12.846*, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1084183.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2017. p. 10.

jurídica infratora, infere-se, por óbvio, que este será mais célere e menos custoso do que o judicial que acabaria por envolver a estrutura do Ministério Público e do Judiciário. Ademais, a investigação da infração fica mais facilitada em razão de ter ocorrido no próprio órgão apurador, evitando, assim, a perda de tempo e de recursos que, em diversos casos, se exige para apurar transgressões administrativas em outros órgãos públicos.

Convém considerar, igualmente, que a celeridade na apuração e no julgamento é importante em todo e qualquer tipo de processo, uma vez que afasta o risco da ocorrência de prescrição do ilícito.

Outra vantagem de a LAC possuir natureza prementemente administrativa está no ensinamento de Osório⁴⁴ sobre a legalidade flexível ou tipicidade mais elástica dos tipos do Direito Administrativo Sancionador em relação aos tipos do Direito Penal, dada a dinamicidade própria do terreno administrativo e a permanente inspiração dos interesses públicos e gerais a orientar feitura e aplicação das normas. Segundo ele, as leis administrativas mudam com grande rapidez, sempre no esforço de proteger os bens jurídicos mais expostos à velocidade dos acontecimentos e transformações sociais, econômicas, culturais, de modo que o Direito Administrativo Sancionador acompanha essa realidade e é, por natureza, mais dinâmico do que o Direito Penal, cuja estabilidade normativa já resulta da própria estrita competência da União Federal.

Por fim, é importante tecer algumas considerações sobre o acordo de leniência, previsto no art. 16 da LAC, que, por sua vez, consiste, também, num ponto positivo no que se refere ao aspecto administrativo da legislação.

O acordo de leniência consubstancia-se num instituto jurídico típico do direito administrativo sancionador que reflete com clareza a consensualidade, expressão mais atual do Direito Administrativo, como já tratado.

Trata-se de um ajuste entre pessoa jurídica praticante de atos lesivos à Administração Pública, previstos no art. 5º da LAC, e o Poder Público com o intuito de ter sua(s) penalidade(s) abrandada(s) em troca de auxílio na investigação dos delitos em que esteve envolvida, mediante o fornecimento de informações e

⁴⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 227

documentos que possibilitem apurar o ilícito e identificar os demais envolvidos na infração.

Verifica-se, assim, que o acordo de leniência consiste em uma espécie de contratualização em sentido amplo firmada entre a pessoa jurídica e o Estado, traduzida num acordo administrativo substitutivo de uma sanção mais gravosa por outra mais amena. O Poder Público, por sua vez, somente pactua com a pessoa jurídica infratora se considerar que lhe será vantajoso o ajuste, ou seja, se entender que dessa colaboração resultará (i) a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e (ii) a obtenção de forma célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração (art. 16, I e II, da LAC).

Destarte, o acordo de leniência é uma alternativa proveitosa ao Poder Público de substituir a aplicação de uma sanção administrativa grave a uma pessoa jurídica infratora por uma penalidade mais branda, aliando-se a isso a oportunidade de desbaratar, de forma mais célere e menos custosa, eventual esquema de fraudes e lesões ao erário, algo muito mais gravoso ao Estado.

5 CONCLUSÃO

Este artigo buscou evidenciar que o Direito Administrativo Sancionador é um ramo do Direito que, assim como o Direito Penal, é apto a, nas conformidades de suas características, obter sucesso na consecução de seu objetivo, qual seja, o de inibir e reprimir prática de ilícitos contra o patrimônio público.

O trabalho evidencia, inclusive, uma série de vantagens no uso do Direito Administrativo Sancionador em relação ao Direito Penal, com destaque para a evidenciada flexibilidade que aquele apresenta em relação a este, no que toca, principalmente, à tipicidade de condutas delitivas dada a dinamicidade com que normas administrativas costumam ser alteradas. Em contraponto a isso, as normas penais costumam ser mais perenes e demoram para acompanhar a evolução do pensamento da sociedade.

Essa agilidade aliada à aplicação da consensualidade, marca fundamental da atual Administração Pública, permite que o Poder Público tenha mais agilidade e efetividade na apuração de ilícitos, no sancionamento dos culpados e no ressarcimento ao erário.

O acordo de leniência previsto na LAC, instituto jurídico de natureza tipicamente administrativa, é exemplo desse movimento do Direito Administrativo Sancionador pela efetividade de suas ações.

Destarte, vale a reflexão ao legislador sobre a possibilidade de elaborar mais legislações de natureza administrativa em detrimento da criminal, pois, como se pôde observar, aquela parecer ser mais consentânea com os objetivos pretendidos do que esta se revela ser.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRASIL. *Exposição de Motivos da Lei nº 12.846*, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1084183.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

BRASIL. *Lei nº 12.846*, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 19 nov. 2017.

CAPEZ, Fernando; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte Idalino; CORREALI, Maurício. Atividades comerciais desviantes e o direito administrativo sancionador. In: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte Idalino (Coord.). *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

JURUBEBA, Diego Franco de Araújo Jurubeba. Direito administrativo e participação democrática: análise dos fundamentos e técnicas da administração pública consensual. *Revista da AGU*, Brasília, v. 15, n. 1, jan./mar. 2016.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MILESKI, Helio Saul. *O Estado contemporâneo e a corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Evolução dos controles de juridicidade no Estado democrático de direito: a busca pelo equilíbrio entre o político e o jurídico:

revisitando a missão da Advocacia do Estado. In: ENCONTRO NACIONAL DOS ADVOGADOS DA UNIÃO (ENAU), 13., Brasília, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 231, jan./mar. 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. A principiologia no direito administrativo sancionador. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, out./dez. 2013.

MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. 3. ed. São Paulo: Fórum, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública do séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 104, jan./dez. 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção administrativa e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Plano Diretor da Reforma do Estado*. Brasília, 1995. Disponível em: < <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

SCHOLZE, Victor; FERNDANDES, J. U. Jacoby. A solução consensual de conflitos na administração pública promovida pelo novo Código de Processo Civil. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 15, n. 176, out. 2015.

SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na Lei Anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.