

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

FALÊNCIA

Coordenação:

LILIAN ROSE LEMOS ROCHA

ISRAEL ROCHA LIMA MENDONÇA FILHO

RICARDO VICTOR FERREIRA BASTOS

EDILSON ENEDINO

Coordenação
Lilian Rose Lemos Rocha
Israel Rocha Lima Mendonça Filho
Ricardo Victor Ferreira Bastos
Edilson Enedino

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

FALÊNCIA

Organização
Daniel Ribeiro Dos Santos Correa
José Ramalho Brasileiro Junior

Brasília
2019

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

Diagramação

Biblioteca Reitor João Herculino

Capa

UniCEUB

Documento disponível no link

repositorio.uniceub.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Caderno de pós-graduação em direito : falência / coordenadores, Lilian Rose Lemos Rocha [et al.] – Brasília: UniCEUB : ICPD, 2019.

92 p.

ISBN 978-85-7267-022-7

1. Falência. I. Centro Universitário de Brasília. II. Título.

CDU 347.736

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

SEPN 707/709 Campus do CEUB

Tel. (61) 3966-1335 / 3966-1336

| | |
|--|-----------|
| A DICOTOMIA ENTRE A RIGIDEZ PROCEDIMENTAL DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 98 DA LEI Nº 11.101/05 FACE AO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA | 04 |
| <i>MARCO AURÉLIO TORRES MÁXIMO</i> | |
| A EXTENSÃO DOS EFEITOS DA FALÊNCIA A SOCIEDADES DO MESMO GRUPO | 19 |
| <i>MATHEUS CARDOSO OLIVEIRA ELEUTÉRIO</i> | |
| A TRAVA BANCÁRIA EM DESFAVOR À RECUPERAÇÃO JUDICIAL ... | 41 |
| <i>NATHÁLIA BATISTA CARDOSO</i> | |
| DA DESPROPORCIONALIDADE NA EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS PARA A CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL | 52 |
| <i>SAMANTHA NORBERTO RODRIGUES DE CARVALHO</i> | |
| RECUPERAÇÃO JUDICIAL ESPECIAL PARA MICROEMPREENDEDORES INDIVIDUAIS, MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE | 67 |
| <i>VLADIMIR GOMES CHAGAS</i> | |

A DICOTOMIA ENTRE A RIGIDEZ PROCEDIMENTAL DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 98 DA LEI Nº 11.101/05 FACE AO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

THE DICOTOMY BETWEEN THE PROCEDURAL RIGIDITY OF THE SINGLE PARAGRAPH OF ART. 98 OF LAW No. 11.101 / 05 FACE TO THE PRINCIPLE OF THE PRESERVATION OF THE COMPANY

Marco Aurélio Torres Máximo¹

RESUMO

A Lei nº 11.101/05, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, possui como escopo o princípio da preservação da empresa, deixando claro que a decretação de falência deverá sempre ser precedida de um esgotamento de possibilidades de manutenção da atividade empresária, se apresentando como a última alternativa a ser adotada. Como forma de evitar a decretação de sua falência, a empresa pode, nos exatos termos do parágrafo único do art. 98 da aludida Lei, promover o depósito judicial da dívida que culminou com a abertura do processo falimentar, o chamado depósito elisivo. Ocorre que o regramento estabelece que o depósito deve ser consolidado integralmente, acrescido de correção monetária, juros de mora e honorários de advogado, dentro do prazo de 10 (dez) dias, deixando uma lacuna legal no tocante aos depósitos parciais e extemporâneos que, a despeito de cumprirem sua finalidade precípua, são habitualmente desconsiderados por força de excesso de formalismo e priorização do procedimento em face do real objetivo da norma. O presente estudo busca demonstrar a necessidade de modificação no texto legal, de forma que se reconheça que o rigor formal da norma não pode se sobrepor às suas razões materiais de fundo, não sendo crível decretar a falência de determinada empresa somente pelo fato de ter realizado o depósito fora do prazo ou de maneira parcial.

Palavras-chave: Falência. Preservação da Empresa. Depósito Elisivo.

ABSTRACT

The Law 11.101 / 05, which regulates the judicial, extrajudicial and bankruptcy recovery of the businessman and the company, has as its objective the principle of preservation of the company, making it clear that bankruptcy must

¹ Advogado, graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB e aluno do curso de pós-graduação *lato sensu*, com especialidade em Direito Empresarial e Contratos, também no UniCEUB. Contato: marco@torresmaximo.adv.br

always be preceded by a exhaustion of possibilities to maintain business activity, presenting itself as the last alternative to be adopted. As a way of avoiding the decree of your bankruptcy, the company may, in the exact terms of the sole paragraph of art. 98 of the aforementioned Law, to promote the judicial deposit of debt that culminated in the opening of the bankruptcy proceeding, the so-called elissive deposit. The rule establishes that the deposit must be fully consolidated, plus monetary correction, late payment interest and attorney's fees, within a period of 10 (ten) days, leaving a legal gap regarding the partial and extemporaneous deposits that in despite the fact that they fulfill their primary purpose, are usually disregarded due to excess of formalism and prioritization of the procedure in the face of the actual objective of the norm. The present study seeks to demonstrate the need for modification in the legal text, in a way that recognizes that the formal rigor of the norm can not overlap with its substantive reasons of substance, and it is not credible to decree the bankruptcy of a particular company solely because it has performed late or partial deposit.

Key words: Bankruptcy. Preservation of the Company. Elissive deposit.

1 INTRODUÇÃO

O princípio da preservação da empresa, além de ser quase auto explicativo sob a ótica social, pois é cristalino o papel indispensável da atividade econômico comercial ao crescimento e avanço estatal, também foi explicitamente dispostivo no âmbito da Lei nº 11.101/05, em seu art. 75, ao consignar a necessidade de *preservação e otimização da utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa.*

São inúmeros os fatores que contribuem para que assim se proceda, pois uma empresa, ao se lançar no mercado, passa a integrar uma vasta cadeia produtiva, estabelecendo relações diretas de geração de emprego e renda, de fornecimento de insumos e/ou serviços, da circulação de capital e, sobretudo, de fortalecimento da economia.

Em sendo assim, o encerramento da atividade empresarial que está em crise, notadamente a econômica e financeira, merece bastante atenção sob pena de, em assim não o sendo, comprometer toda a atmosfera que circunda a atividade empresarial, podendo trazer prejuízos irreparáveis.

Entre os mecanismos de defesa da empresa que enfrenta procedimento falimentar, especificamente aquele requerido por credor lastreado em sua impontualidade ou em prévia execução frustrada, surge a figura do depósito elisivo,

que nada mais é do que a possibilidade da empresa promover o depósito da quantia geradora do pedido de falência, sem que tenha que se sujeitar aos efeitos de uma sentença que decreta sua falência.

O depósito elisivo está previsto no parágrafo único do art. 98 da Lei nº 11.101/05, que assevera que a quantia depositada em juízo, visando fulminar o procedimento falimentar, deve ser constituída pelo valor principal, acrescido de correção monetária, juros de mora e honorários de advogado, dentro do prazo legal para oferta da contestação, ou seja, em 10 (dez) dias.

No silêncio da norma em relação aos depósitos parciais e extemporâneos, cabe ao judiciário promover a aplicação da Lei, não sendo difícil encontrar decisões judiciais que impõem verdadeira sanção falimentar a empresas que, a par de suas necessidade individuais, apenas conseguem realizar o depósito fora do prazo legal e/ou de maneira parcial.

A preservação da empresa é o fim a ser buscado, sempre, desde que preenchidos certos requisitos, não sendo crível que o regramento acerca do procedimento entre em conflito com aquele regramento material, pois é certo que as regras do processo se apresentam como o verdadeiro caminho a ser percorrido até o alcance do direito material.

No ponto objeto do estudo, a adoção de caminho diverso não pode significar a impossibilidade de alcance do direito material, ou seja, se as razões de fundo do credor que intenta ação falimentar é a satisfação do seu crédito e se a preservação da empresa é dispositivado inclusive na própria Lei, em seu art. 75, não há como desconsiderar o depósito parcial e/ou aquele realizado fora do prazo de 10 (dez) dias, pois o prejuízo aqui extrapolaria, em muito, a mera relação credor/devedor.

2 O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESÁRIA

A conservação da empresa embasa-se na importância da continuidade das atividades de produção de riquezas pela circulação de bens ou prestação de serviços como um valor a ser protegido, e reconhece os efeitos negativos da extinção de uma

atividade empresarial, que acarreta prejuízos não só aos investidores, como a toda a sociedade.²

Não se pode esquecer a relevância da empresa para o desenvolvimento da sociedade. Quer no campo da geração de empregos, quer no campo do desenvolvimento tecnológico, ou ainda na área do desenvolvimento econômico do Estado, a empresa desempenha papel ímpar. Sobressaem-se os efeitos negativos da extinção das atividades empresariais que, mais do que prejudicar isoladamente o empresário ou a sociedade empresária, bem como seus parceiros negociais diretos (trabalhadores, fornecedores, clientes), prejudica a sociedade em geral.³

O próprio legislador optou por expressamente consignar o princípio de preservação em detrimento ao da liquidação, além de, já em seu preâmbulo, estabelecer que a Lei nº 11.101 regula exatamente a recuperação.

Importante destacar que a preservação da empresa não significa a preservação do empresário ou dos administradores da sociedade empresária. Proteger a atividade produtiva implica, quase sempre, apartar os reais interesses envolvidos na empresa dos interesses de seus mentores. A separação entre a sorte da empresa e a de seus titulares apresenta-se, às vezes, como o caminho mais proveitoso no sentido de uma solução justa e eficaz para a conjuntura jurídico-econômica da insolvência.

Se é verdade que a proteção do crédito mantenedor da regularidade do mercado é um intento que precisa ser perseguido, não é menos verdade que o interesse socioeconômico de resguardar a empresa, como unidade de produção de bens e/ou serviços, prevalece sobre quaisquer outros afetados pelo estado deficitário, porque se revela como instrumento mais adequado para atender aos interesses dos credores, dos empregados e, sobretudo, do mercado.³

Tomemos, por exemplo, a cidade alemã de Wolfsburg, que foi fundada a partir da necessidade de moradia para os trabalhadores da então pequena fábrica da Volkswagen, ou seja, toda a economia local foi lastreada e gerada a partir de uma única atividade empresária, o município passou a arrecadar mais tributos, o comércio

² CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito Empresarial Esquematizado*. 5ª ed. São Paulo: 2018. p. 55 ³ MAMEDE, Gladston. *Manual de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Atlas, 2018. p. 57.

³ FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Lei de Falência e recuperação de empresas*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 21

local foi fortalecido, o mercado imobiliário foi aquecido e o capital circulante se tornou bem superior ao que era antes.⁴ Os benefícios socioeconômicos extrapolaram o campo de atuação privado e exclusivo da empresa.

Ainda nessa linha demonstrativa, o município vizinho de Abadiânia – GO, teve sua economia local completamente prejudicada por força do escândalo do *médium* João de Deus, que estava à frente do Centro Espírita denominado Casa Dom Inácio de Loyola que, enquanto empresa, trazia imensa contribuição para a economia local por força do turismo religioso que atraía, ao ponto de fazer com que o próprio Estado implementasse políticas públicas de fomento e incentivo fiscal para os empreendedores locais.⁵

O objetivo econômico da preservação da empresa deve preponderar, em regra, sobre o objetivo jurídico da satisfação do título executivo, se este for considerado apenas como a realização de pretensão singular. O regime jurídico da insolvência não deve ficar preso ao maniqueísmo privado que se revela no embate entre a pretensão dos credores e o interesse do devedor. A empresa não é mero elemento da propriedade privada.⁶

Conclui-se que essa proteção se estabelece dentro do preceito normativo da função social da empresa, reconhecendo seu papel indispensável ao crescimento econômico, além de apresentar mecanismos para se evitar seu fechamento a todo custo, pois fica claro que o impacto de uma falência compromete toda a sua atmosfera social e não apenas a empresa isoladamente.

3 O INSTITUTO DA FALÊNCIA E A LEI Nº 11.101/05

Em razão dos efeitos danosos que as crises da empresa podem gerar, sobretudo aquelas de cunho econômico e financeiro, nosso ordenamento jurídico houve por bem criar diversos institutos para tentar superar as crises ou para liquidar o que não é possível de recuperação, destacando-se aqui o instituto da falência, que

⁴ CONTEÚDO aberto. In: *Wikipédia: a enciclopédia livre*. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Wolfsburg>> Acesso em 14 de junho de 2019.

⁵ CONTEÚDO aberto. *Sistema S se organiza para reativar a Economia de Abadiânia*. Disponível em: <<http://www.dm.com.br/economia/2019/04/fecomercio-e-sistema-s-se-organizam-para-reativar-a-economia-deabadiania.html>> Acesso em 14 de junho de 2019.

⁶ FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Lei de Falência e recuperação de empresas*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 21

nada mais seria do que 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.⁷

A falência, em seu ponto nodal, pressupõe uma impossibilidade da empresa em fazer frente a compromissos financeiros assumidos previamente, exercendo o processo falimentar papel de reunião de todos os seus credores, daí porque se denominar execução coletiva, levantamento de todo o seu ativo e, ato contínuo, definir a forma e a proporção de liquidação daquelas dívidas até o limite de seu patrimônio.

A falência também pode ser conceituada como um processo judicial de execução coletiva contra o empresário, todavia, voltado a *promover o afastamento do devedor de suas atividades, visando preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa.*⁹ Difere da execução coletiva comum (insolvência civil) por atingir apenas devedores empresários, pessoas naturais (empresários individuais) ou jurídicas (sociedades empresárias), não se confundindo, também, com a intervenção e a liquidação extrajudiciais, procedimentos aplicáveis a alguns tipos de atividades empresariais.⁸

A própria expressão falência vem de *fallere* (faltar, enganar), mantendo ainda a ideia da situação daquele que falta com o compromisso.⁹

A distinção entre empresa e empresário é essencial para a compreensão da fórmula adotada pela Lei n.º 11.101 para, a um só tempo, decretar a bancarrota do empresário e, paradoxalmente, preservar a empresa. Empresário e sociedade empresária são os titulares da empresa, isto é, os sujeitos de direito proprietários dela e, ao mesmo tempo, responsáveis pelas suas obrigações e titulares de seus resultados lucrativos. A empresa é o instrumento da atuação do empresário, a atividade organizada para produzir ou fazer circular bens e serviços, com objetivo de lucro. A

⁷ NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa: volume 3*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.213 ⁹ Art. 75 da Lei n.º 11.101/05

⁸ CHAGAS, Edilson Eneidino das. *Direito Empresarial Esquemático*. 5ª ed. São Paulo, 2018. p. 55

⁹ CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, v. VII, p. 7

empresa engloba o patrimônio material e imaterial destinado àquela produção ou circulação, o chamado estabelecimento empresarial, previsto no art. 1.142, do Código Civil.

Feita a distinção, basta agora entender que a falência decretada será a do empresário, sujeito de direito, e nunca a da empresa, objeto da atividade do empresário. Quem tem dívidas a adimplir é o empresário. Quem resta submetido à execução coletiva é o empresário. A empresa representa o patrimônio que será arrecadado e vendido para formação de caixa, visando ao pagamento dos credores do empresário falido.¹⁰

4 CAUSAS DETERMINANTES DA FALÊNCIA

A Lei 11.101, em seus arts. 75 e seguintes, regulamenta o processamento da falência, apontando as condições necessárias à abertura do processo falimentar, destacando-se a impontualidade injustificada do devedor, prevista no art. 94, inciso I, da aludida Lei; a execução prévia frustrada, estampada no inciso II do referido artigo e os atos de falência, estampados no inciso III.

4.1 Impontualidade injustificada

O inciso I do art. 94 da Lei n.º 11.101 é cristalino ao dispor que será decretada a falência do devedor que sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência.

Denota-se, pois, que é indispensável ao pedido que o título, ou o somatório dos títulos, ultrapasse o teto de 40 (quarenta) salários mínimos e que seja complementado por protesto especial para o fim específico de falência.

O credor proprietário de qualquer título que permita a execução contra o devedor empresário poderá promover diretamente o pedido de falência contra ele, bastando demonstrar que o total do seu crédito ultrapassa 40 (quarenta) salários

¹⁰ CHAGAS, Edilson Enedino das. 5ª ed. São Paulo, 2018. p. 928.

mínimos, na data de ajuizamento do pedido, devendo o referido título estar protestado.

Não importa se o título executivo é judicial ou extrajudicial, para caracterização da impontualidade, mas deverá ser protestado para fins de falência e contar valor que supere 40 (quarenta) salários mínimos. O legislador permitiu que o credor utilize dois ou mais títulos, na busca de alcançar o valor mínimo exigido para a demonstração da falência do devedor, ou que diversos credores se unam para que a soma de seus créditos alcance o piso necessário, formando um litisconsórcio ativo. A mencionada possibilidade está no § 1o, do art. 94, da Lei n. 11.101/2005.¹¹

4.2 Execução frustrada

Outra condição que autoriza o início do processo falimentar está estabelecido no inciso II do art. 94, que aponta que será decretada a falência do devedor que *executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal.*

Se o empresário devedor tem uma execução judicial contra si e esta não produz resultados em termos patrimoniais, há uma presunção de que aquela pessoa não terá condições de fazer frente às suas obrigações. Não se trata apenas do inadimplemento, mas da presunção de uma insuficiência patrimonial para honrar as suas dívidas.¹⁴

A execução frustrada prescinde de um processo judicial prévio, seja naquele processo de conhecimento em que se reconheceu a existência de dívida, seja naquele processo que já se inicia com atos de expropriação em face da natureza de seu título, o que significa dizer que todos os atos de execução antecedentes já foram realizados, tais como tentativa de bloqueio de valores em conta, ausência de bens passíveis de penhora e, inclusive, possibilidade de o próprio devedor apontar bens para garantia da execução.

Findo todo o calvário do devedor e não encontrado quaisquer bens passíveis de penhora naquele processo, surge para si o direito de intentar pedido falimentar

¹¹ CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito Empresarial Esquemático*. 5ª ed. São Paulo, 2018. p. 932. ¹⁴ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1, p. 84

lastreado na execução frustrada, aqui não sendo necessário que o valor da dívida seja superior a 40 (quarenta) saláriosmínimos ou que venha lastreada em protesto especial, mas simplesmente que o título judicial venha acompanhado de certidão, expedida pelo juízo onde tramitava a execução, atestando a ocorrência da execução frustrada.

Considerando que essa modalidade de caracterização da falência decorre de um processo de execução que já estava em andamento, a certeza, liquidez e exigibilidade do título já terão sido apreciadas pelo juízo onde corria a execução, quando da decisão que determinou a citação do devedor empresário. Desse modo, o juízo falimentar, diante da certidão de execução frustrada, não precisará de uma análise mais profunda dos requisitos da petição inicial.¹²

4.3 Atos de falência

Além das falências fundadas na impontualidade e na execução frustrada, o legislador estabeleceu sete condutas dele que poderão levar à decretação da quebra. Trata-se de comportamentos que fazem presumir o estado de crise econômico-financeira autorizador da bancarrota. Liquidação precipitada dos ativos, pagamentos por meio ruinosos ou fraudulentos, realização de negócio simulado, entre outras condutas, fazem recair sérias suspeitas sobre o estado econômico do devedor. Em razão disso, a legislação falimentar confere aos credores do devedor empresário o direito de requerer-lhe a falência, para prevenir a dilapidação completa do patrimônio empresarial.¹³

O inciso III do art. 94 é cristalino ao estabelecer que será decretada a falência do devedor que, em não sendo objeto de plano de recuperação, pratica os seguintes atos:

- a) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos;
- b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não; c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e

¹² CHAGAS, Edilson Enedino das. 5ª ed. São Paulo, 2018. p. 936.

¹³ CHAGAS, Edilson Enedino das. 5ª ed. São Paulo, 2018. p. 937.

sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo; d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor; e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo; f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento; g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial.

Em sendo detectada quaisquer uma das sete condutas elencadas, tidas por atos temerários, o credor poderá buscar a decretação da falência do devedor empresário, com fundamento em seu comportamento suspeito, não sendo aqui necessária a demonstração de que a dívida já esteja vencida, ou que venha acompanhada de certidão ou de protesto especial.

Diferentemente das hipóteses anteriores, cujo inadimplemento é o ponto de partida, aqui o pedido tem como fundamento o comportamento duvidoso do devedor empresário, que a partir de sua conduta dá sinais claros de esvaziamento patrimonial com a intenção única de frustrar e/ou fraudar eventual pleito executivo.

Assim, qualquer credor que, diante de algum dos sete atos temerários do devedor empresário, não contextualizados em plano de recuperação judicial, pedir-lhe a falência, estará exercendo regularmente um direito, de modo que não poderá ser responsabilizado por dano material ou moral, se, ao final do processo, restar demonstrado que não havia crise. Em outras palavras, a conduta temerária do devedor empresário autorizará o pedido de falência contra ele, e a falta de comunicação ou publicidade de eventual reestruturação por que esteja passando impossibilitará

indenização por indevido pedido de falência.¹⁴

5 O DEPÓSITO ELISIVO

Se o procedimento falimentar se justificou por força de título vencido, no importe superior a 40 (quarenta) salários mínimos, com regular protesto, ou se

¹⁴ CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito Empresarial Esquematizado*. 5ª ed. São Paulo, 2018. p. 938.

lastreado em processo executório frustrado, basta que o devedor, no prazo legal para apresentação de sua defesa, deposite em juízo o valor devido, afastando-se, assim, a decretação de sua falência, é o que dispõe o parágrafo único do art. 98 no que se denomina depósito elisivo ou depósito impeditivo da falência.

Como se trata de obrigação pecuniária, o pedido de falência fundamentado no inciso III do art. 94 não confere ao devedor empresário a faculdade de se valer da figura do depósito elisivo, eis que os atos de falência, via de regra, não serão resolvidos com o simples pagamento, sendo, por muitas vezes, objeto de ação penal própria para apuração de crime falimentar.

É que as ações fundamentadas nos incisos I e II carregam, em suas razões de fundo, a intenção do credor na satisfação de seu crédito, ou seja, a pretensão do credor não é a decretação da falência de seu devedor, mas sim receber o que lhe é devido, e apresenta cunho essencialmente econômico.

É importante ressaltar que o depósito elisivo pode acompanhar a defesa (contestação) ou ser feito independentemente de resposta. No primeiro caso, tem-se o caráter de cautela, em que equivale o depósito ao reconhecimento do pedido, em seu molde específico do direito falimentar. Fato é que, uma vez efetuado o depósito, a decretação da falência está afastada.¹⁵

Como o prazo legal para oferta de contestação é de 10 (dez) dias, este é o lapso temporal em que o devedor empresário poderá fazer o uso da faculdade do depósito elisivo, depósito este que deverá contemplar o valor principal da dívida, acrescido de correção monetária, juros de mora e honorários advocatícios.

Denota-se que a própria Lei não deixa qualquer margem para interpretação, sendo bastante clara ao reconhecer que em sendo realizado o depósito fora do prazo legal e/ou não contemplando os acessórios da dívida, a falência do devedor empresário deverá ser decretada.

¹⁵ COELHO, Fábio Ulhôa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 269.

Em cada caso concreto, cabe ao discernimento interpretativo do juízo competente regular as hipóteses não contempladas pela Lei, ou seja, definir se o depósito intempestivo ou parcial seria capaz de elidir o processo falimentar, ou não.

6 A NECESSÁRIA FLEXIBILIZAÇÃO DO ART. 98 DA LEI Nº 11.101/05

A legislação brasileira é extremamente formal ao permitir, unicamente, que seja declarada a falência do devedor com base em sua impontualidade, na exigência do depósito elisivo. Tal formalismo deve ser adaptado à realidade nacional, não podendo ser considerada como um princípio absoluto.

É que 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.¹⁶

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 insolvência.

Não há motivos razoáveis para aceitar que, mesmo após o prazo legal, mas desde que antes da decretação de falência, não possa o devedor pagar o que deve, incluindo: *os pesados encargos materiais e processuais (correção monetária, juros, multa, honorários advocatícios, custas e despesas processuais), que, por si só, são elementos que, de uma face, remuneram a impontualidade e, de outra, punem-na pesadamente.*¹⁷ Tem-se admitido o depósito elisivo tardio, que é aquele realizado posteriormente ao prazo de defesa, mas realizado antes da sentença declaratória de falência, como forma de evitar a decretação da falência, em respeito ao princípio da preservação da empresa.

¹⁶ NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito empresarial*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 247.

¹⁷ MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência de empresas*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 342.

Não é incomum decisões judiciais que enrijecem o comando legal e decretam a falência quando de depósito elisivo parcial:

FALENCIA REQUERIDA COM BASE NO NÃO PAGAMENTO DE DUPLICATAS. DEPOSITO ELISIVO DESACOMPANHADO DE QUALQUER DEFESA. RECOLHIMENTO APENAS DO PRINCIPAL DA DIVIDA, SEM INCLUSÃO DE JUROS, CORREÇÃO MONETARIA, DESPESAS PROCESSUAIS E VERBA HONORARIA. INSUFICIENCIA FLAGRANTE. EXIGENCIA DE TAIS PARCELAS REMETIDA PARA A VIA EXECUTIVA. RECURSO CONHECIDO PELA DIVERGENCIA E PROVIDO. - NÃO SE HA COMO RECONHECER ELISIVO DA FALENCIA O DEPOSITO PARCIAL - APENAS DO VALOR NOMINAL DO CREDITO RECLAMADO, SEM CORREÇÃO MONETARIA, JUROS, DESPESAS PROCESSUAIS E HONORARIOS ADVOCATICIOS - REALIZADO POR COMERCIANTE QUE SEQUER SE DISPOE A JUSTIFICAR O NÃO RESGATE DA OBRIGAÇÃO MERCANTIL NO TEMPO E FORMA DEVIDOS. - A EXIGENCIA DE QUE EM CASOS TAIS O RECOLHIMENTO SEJA INTEGRAL DECORRE DAS PROPRIAS ESSENCIAS E FINALIDADE DO DEPOSITO ELISIVO, QUE TEM POR ESCOPO, EM ULTIMA ANALISE, DESCARACTERIZAR O ESTADO DE INSOLVENCIA QUE ENSEJA A DECRETAÇÃO DA QUEBRA. - NÃO SE JUSTIFICA QUE, CONSTATADA A INSUFICIENCIA DO DEPOSITO PARA FAZER FACE A INTEGRALIDADE DA DIVIDA DA REQUERIDA, SE DECIDA, AINDA ASSIM, ELIDIDA A FALENCIA, REMETENDO-SE A COBRANÇA DAS PARCELAS NÃO COBERTAS PELO REFERIDO DEPOSITO A NORMAL VIA EXECUTIVA. (REsp 43.658/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 15/03/1994, DJ 18/04/1994, p. 8509)

Na outra ponta, em caminho que nos parece ser mais compatível com a realidade socioeconômica que vivemos, existem decisões judiciais que reconhecem a efetividade do depósito parcial, ou seja, pagamento apenas do principal, vindo o valor acessório a ser perseguido como verdadeira ação de cobrança em execução de sentença:

FALENCIA. DEPOSITO ELISIVO. O DEPOSITO DA QUANTIA CORRESPONDENTE AO CREDITO RECLAMADO ELIDE A FALENCIA, DEVENDO PROSEGUIR A AÇÃO PARA COBRANÇA DOS ACRESCIMOS DEVIDOS. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (REsp 62.044/SP, Rel. Ministro FONTES DE ALENCAR, Rel. p/ Acórdão Ministro BARROS

MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 24/09/1996, DJ 09/12/1996, p. 49281)

É incontroverso que a decretação de uma falência é muito mais prejudicial ao devedor e ao próprio credor, do que o aceite de depósito extemporâneo e/ou parcial, pois 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 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).¹⁸

No que toca ao depósito realizado fora do prazo, as decisões judiciais também reconhecem o caráter subjetivo da norma falimentar, sobretudo da preservação da atividade econômica, para afastar o pedido falimentar ainda que o depósito se efetive fora dos 10 (dez) dias estabelecidos em lei:

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).

A fim de se evitar decisões conflitantes e com o fito de atribuir maior transparência à norma e, sobretudo, aos preceitos que a regulam, seria de bom alvitre que o texto legal fosse mais flexível, impondo ao juízo que concedesse ao credor a faculdade de opção pelo aceite parcial ou intempestivo do depósito, pois este é o maior interessado na obtenção de seu crédito e o autor do pedido falimentar.

¹⁸ CHAGAS, Edilson Eneidino das. *Direito Empresarial Esquematizado*. 5ª ed. São Paulo, 2018. p. 766.

Se um credor se contenta com o recebimento parcial da quantia que lhe é devida, ou se esta é depositada tardiamente em processo falimentar, não há razões para que o juízo decrete a falência do devedor empresário somente por preciosismo formal, pois, como já dito, a decretação de uma falência é substancialmente mais danosa do que o aceite parcial e/ou extemporâneo do depósito, devendo, nestes casos, a letra da Lei se amoldar ao princípio da preservação da atividade econômica.

REFERÊNCIAS

- CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, v. VII.
- CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito Empresarial Esquematizado*. 5ª ed. São Paulo: 2018.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial – Direito de Empresa*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CONTEÚDO aberto. In: *Wikipédia: a enciclopédia livre*. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Wolfsburg>> Acesso em 14 de junho de 2019.
- CONTEÚDO aberto. *Sistema S se organiza para reativar a Economia de Abadiânia*. Disponível em: <<http://www.dm.com.br/economia/2019/04/fecomercio-e-sistema-s-se-organizam-parareativar-a-economia-de-abadiania.html>> Acesso em 14 de junho de 2019.
- FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Lei de Falência e recuperação de empresas*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- LINHARES, D; SGARBI, M. *Depósito elisivo nas demandas falimentares*. Curitiba: ANIMA, 2016.
- MAMEDE, Gladston. *Manual de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Atlas, 2018
- NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito empresarial*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

A EXTENSÃO DOS EFEITOS DA FALÊNCIA A SOCIEDADES DO MESMO GRUPO: UM ESTUDO ACERCA DA CONSOLIDAÇÃO E EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ QUANTO À UTILIZAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PARA ESTENDER A FALÊNCIA A OUTRAS SOCIEDADES

THE EXTENSION OF THE EFFECTS OF THE FAILURE TO COMPANIES OF THE SAME GROUP: A STUDY ON THE CONSOLIDATION AND EVOLUTION OF THE JURISPRUDENCE OF THE STJ REGARDING THE USE OF THE DISREGARD OF THE LEGAL PERSONALITY TO EXTEND THE BANKRUPTCY TO OTHER SOCIETIES

Matheus Cardoso Oliveira Eleutério¹

RESUMO

O presente artigo analisa a construção da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que possibilitou a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estender a outras sociedades do mesmo grupo os efeitos da falência decretada a uma delas. O objetivo de tal estudo é a identificação da situação fática que levou a tal construção, e compara-la às situações a que tal entendimento vem sendo aplicado atualmente, a fim de verificar a possibilidade de seu desvirtuamento, contrariando a própria essência da teoria da desconsideração. Para isso, foram identificados dez julgados do STJ, datados entre os anos 1996 e 2004, que nos parecem refletir a intenção e os fundamentos utilizados pelos julgadores na consolidação deste entendimento, e tais julgados foram confrontados com aplicações mais recentes da mesma teoria. Verificou-se que em tempos mais recentes a aplicação da jurisprudência vem flexibilizando os requisitos para a extensão da falência, permitindo sua decretação com base em fundamentos cada vez mais frágeis, fragilizando o próprio instituto da personalização.

Palavras-chave: Grupos Societários; Desconsideração da Personalidade Jurídica; Extensão dos efeitos da falência; Jurisprudência.

ABSTRACT

This paper analyzes the construction of the judicial precedents of the Superior Court of Justice (STJ) that allowed the application of disregard doctrine to extend to other companies in the controlled group the effects of bankruptcy adjudicated to one of them. The purpose of such a study is to identify the factual situation that led to the consolidation of the precedents, and compare it to the situations in which this

¹ Advogado. Pós-graduando em Direito Empresarial e Contratos pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. E-mail: eleuteriomatheus@gmail.com.

understanding is currently applied, in order to verify if its application is being distorted, contrary to the very essence of the theory of disregard. In order to do so, we identified ten STJ decisions, dated between 1996 and 2004, who seem to reflect the intention and the grounds used by the judges to consolidate such an understanding, and these judgments were confronted with more recent applications of the same theory. It was verified that the recent application of the precedents has softened the requirements for the extension of bankruptcy, allowing its adjudication based on increasingly fragile grounds, weakening the very personalization institute.

Keywords: Controlled Group; Disregard Doctrine; Eextension of the effects of bankruptcy; Precedents.

1 INTRODUÇÃO

A criação de entes fictícios, detentores personalidade jurídica própria, como forma de limitação dos riscos assumidos pelo empresário, a fim de estimular a produção e circulação de bens e serviços, está fortemente arraigada no direito empresarial. Visto isso, tal ramo se volta à proteção da personalidade, utilizando a ferramenta da desconsideração para afastar a separação patrimonial quanto aos atos exercidos pelos sócios e administradores em violação a seus deveres funcionais. Ocorre que, para garantir o alcance de tal objetivo, é necessário que se respeite estritamente as balizas ditadas pela legislação e doutrina, de modo a garantir que a desconsideração não seja banalizada, com a fragilização da própria separação patrimonial, tão afeta ao desenvolvimento econômico.

Posto isso, a fonte primária de que nos valem para nossa pesquisa foi a legislação aplicável, primeiramente à desconsideração da personalidade jurídica e depois ao regime falimentar pátrio. A segunda fonte, para nossa análise, veio dos posicionamentos doutrinários acerca dos temas, como maneira de verificar a interpretação dada a tais normas, bem como o tratamento dado aos temas afetos à pesquisa pelos autores.

Por fim, voltamo-nos à jurisprudência do STJ, analisando os julgados de diferentes períodos e comparando-os entre si, na tentativa de identificar similitudes e diferenças relevantes quanto aos fatos que deram origem à lide, bem como ao tratamento jurídico aplicado.

Foram adotadas como paradigma do nosso estudo, em relação aos direito falimentar, as lições de Fabio Ulhoa Coelho², Marlon Tomazette³ e Edilson Enedino⁴. Já em relação à desconsideração da personalidade jurídica, foram adotados como base os ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover⁵ e Rubens Requião⁶.

Este estudo não tem como intento a legitimação da conduta imoral, nem tampouco a justificação da fraude contra credores, mas, em sentido diverso, identificar quais as ferramentas adotadas pela legislação brasileira no combate a determinados tipos de fraude e os riscos da utilização de ferramentas impróprias.

2 RELAÇÕES ENTRE SOCIEDADES

A evolução das relações comerciais na atualidade acompanha a própria evolução das relações interpessoais da comunidade em que se inserem e, conforme as necessidades tornaram-se maiores e mais complexas, a produção e comercialização de bens e serviços precisou acompanhar tal movimento. Com isso, cada vez mais as indústrias necessitam de produtos e matérias-primas de outras companhias para o exercício de sua atividade produtiva.

Foi nesse contexto que se difundiram as holdings no direito Norte-Americano no final do século XIX, como instrumento jurídico para possibilitar a integração vertical da cadeia produtiva, unindo sob um mesmo comando sociedades com interesses comuns.⁷ Por meio desta integração, seria possível “diminuir instabilidade

² COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.2 e v.3.

³ TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial, Volume 3: Falência e Recuperação de Empresas. São Paulo: Atlas, 2011.

⁴ CHAGAS, Edilson Enedino das. Direito empresarial esquematizado. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Da desconsideração da pessoa jurídica – Aspectos de direito material e processual. Revista Jurídica do Ministério Público, v. 6, p. 53-68, mai./2006. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/257/da%20desconsidera%C3%A7%C3%A3o%20pessoa%20juridica_Grinover.pdf?sequence=1>. Acesso em: 23 abril 2019.

⁶ REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 410, p. 10-24, dez. 1969.

⁷ DE ALMEIDA, Marcelo Ribeiro. Sociedades coligadas, controladas e controladoras (holding). Revista de Ciência Política, v. 30, n. 2, p. 81-95, 1987.

de empresas em mercados competitivos e obter vantagens com a grande dimensão para ganhos de escala”⁸.

Em um estado primário, essa “concentração de capitais” decorrente da integração vertical era feita por meio de aquisições e fusões, ocorre que esse tipo de operação acaba por gerar uma estrutura demasiadamente grande e incapaz de focar sua energia em seu objeto principal.⁹ Tais efeitos são minimizados pela descentralização de determinadas secções da empresa para sociedades autônomas, que passariam a operacionalizar parte das atividades, sob as diretivas de um controle central.

Nesse contexto, Fabio Ulhoa classifica as possíveis relações entre sociedades como: Controle, no qual a controladora possui a maioria dos votos e detém o poder de ditar os rumos da atividade da controlada¹⁰; Coligação, na qual uma investidora participa dos processos decisórios da investida, porém não a controla; Participação, em que uma sociedade simplesmente possui parte do capital votante de outra; Subsidiária integral, sociedade anônima unipessoal de titularidade de outra sociedade; Grupos, advindos da “combinação de esforços de sociedades para realizar seus objetos sociais”¹¹; e Consórcios e *Joint Ventures* nos quais duas ou mais sociedades se associam para a exploração de determinada atividade ou empreendimento.¹²

Waldo Fazzio Júnior, por sua vez, divide tais interações entre companhias em grupos intersocietários, qualificados como aqueles em que sociedades coligadas, controladoras e controladas possuem liame societário, porém não há organização comum; e grupos societários, em que uma convenção determina o regramento

⁸ LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões apud DINIZ, Gustavo Saad. Grupos societários: da formação à falência. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

⁹ Um bom exemplo deste efeito pode ser visto no caso da criação da *Banco Mercantil Servicios de Computer S.A.*, descrito por Peter Drucker, segundo o qual o Banco Mercantil teria instituído uma subsidiária independente para cuidar de toda a operação de tratamento de dados do banco, como forma de garantir uma maior eficiência na prestação dos serviços e para que a instituição financeira pudesse voltar seu foco para “obter dinheiro e emprestá-lo”. DRUCKER, Peter Ferdinand. 50 casos reais de administração. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

¹⁰ Art. 116 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, combinado com o art. 1.098 do Código Civil.

¹¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.2. p. 524.

¹² COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.2.

próprio do relacionamento entre tais sociedades, porém parte da doutrina os diferencia como grupos de fato e grupos de direito.¹³

Para os fins desse artigo, tais diferenças acabam tendo pouca relevância prática, de modo que usaremos em sentido *lato* os termos “controladora” para designar a sociedade que exerce relevante influência das decisões da “controlada”.

Juridicamente, a relação entre tais entidades é dada por meio da participação societária de umas no capital social de outras, assumindo a posição de sócias, com os direitos daí decorrentes, ou pela existência de sócios comuns entre elas. Deste modo, por óbvio, a independência dessas sociedades acaba sendo limitada pelos interesses da controladora, porém o mesmo ocorre em qualquer arranjo societário, uma vez que toda manifestação de vontade da pessoa jurídica é, em verdade, a tradução da vontade de seus sócios e administradores (pessoas naturais).

A despeito disso, a Lei das Sociedades Anônimas (Lei das SAs)¹⁴ optou por dar tratamento especial para as situações em que uma sociedade exerce relevante influência nas decisões de outra, estabelecendo regras próprias, com o objetivo claro de garantir que sócios minoritários não fossem prejudicados pela atuação das controladoras.

Vale apontar que a regra geral adotada pela Lei das SAs é a independência entre as companhias, determinando que cada uma possui seu próprio acervo patrimonial, contendo seu ativo e seu passivo, em regra. Nesse ponto, o legislador entendeu que “o credor, em geral, obtém a proteção dos seus direitos pela via contratual, e exigirá solidariedade quando o desejar”¹⁵, conforme extrai-se da exposição de motivos da referida Lei.

Ao expor os motivos que levaram à redação do artigo 267 da Lei, o Ministério da Fazenda determinou expressamente a intenção de não se presumir a

¹³ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Manual de Direito Comercial. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

¹⁴ BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404consol.htm>. Acesso em: 12 jun. 2019.

¹⁵ BRASIL. Exposição de Motivos nº 196, de 24 de junho de 1976, do ministério da fazenda. Encaminha o Projeto de Lei das Sociedades por Ações, elaborado com base nas diretrizes fixadas na Exposição de Motivos CDE nº 14 de 25 de junho de 1974. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/leis-decretos/anexos/EM196-Lei6404.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2019.

responsabilidade solidária nos grupos de direito.¹⁶ Quanto aos chamados grupos de fato, o próprio texto do normativo é mais claro quanto à independência, ao proibir que os administradores favoreçam sociedades coligadas, controladora ou controlada em prejuízo da companhia, sob pena de responsabilização pessoal pelas perdas.¹⁷

Visto isso, podemos concluir que, em regra, as obrigações, assim como os bens, de cada integrante de um grupo societário não devem se comunicar com os demais. Entender o contrário seria aproximar demasiadamente esses tipos de relações intersocietárias das fusões e aquisições, recaindo nos problemas inerentes a estes, apontados anteriormente.

Ocorre que o legislador infraconstitucional definiu duas exceções a tal regra de autonomia, quais sejam: as obrigações trabalhistas e o direito concorrencial. Mesmo no direito do trabalho, a responsabilização das integrantes do grupo não seria automática, mas depende de demonstração de que a sociedade tenha se beneficiado do contrato de trabalho para que sofram a responsabilização.¹⁸

No âmbito concorrencial, a responsabilização solidária se dá nos casos de infração à ordem econômica por parte de uma das integrantes do grupo, tendo sido criada inicialmente uma previsão genérica de que a responsabilidade se estenderia a quaisquer integrantes do grupo, independentemente de participação na conduta ilícita ou benefício por seu resultado.¹⁹ Ocorre que a Medida Provisória nº 881 de 2019 estabeleceu que a desconsideração da personalidade jurídica somente pode ocorrer em relação àqueles que se beneficiaram direta ou indiretamente da fraude ou

¹⁶ BRASIL. Exposição de Motivos nº 196, de 24 de junho de 1976, do ministério da fazenda. Encaminha o Projeto de Lei das Sociedades por Ações, elaborado com base nas diretrizes fixadas na Exposição de Motivos CDE nº 14 de 25 de junho de 1974. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/leis-decretos/anexos/EM196-Lei6404.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2019.

¹⁷ Vide o artigo 245 da Lei das SAs: BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acesso em: 12 jun. 2019.

¹⁸ PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. Execução trabalhista e responsabilidade de sócios e diretores. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_25974422_EXECUCAO_TRABALHISTA_E_RESPONSABILIDADE_DE_SOCIOS_E_DIRETORES.aspx>. Acesso em: 12 jun. 2019.

¹⁹ Vide artigo 33 e seguintes da Lei nº 12.529/2011: BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica [...] e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/l12529.htm>. Acesso em: 12 jun. 2019.

abuso que lhe deu ensejo, tendo inclusive modificado textualmente dispositivos do Código Civil e da Lei de Recuperações Judiciais, Extrajudiciais e Falências.²⁰

É de salientar que, mesmo nesses casos, nos parece permanecer vigente a regra de incomunicabilidade dos patrimônios, porém podendo haver responsabilização de uma sociedade pelos atos cometidos por outra, desde que tenham beneficiado a primeira, de algum modo. Percebam que, especialmente com a lógica reforçada pela MP 881/2019²¹, não há junção do patrimônio das empresas associadas, mas a criação de uma obrigação solidária entre elas, referente a fatos pontuais.

Ressaltemos que a ideia da separação patrimonial pode ser vista como forma de densificar o princípio da preservação da empresa. Ora, a unificação do patrimônio de duas sociedades pode ser analisada de dois pontos de vista, o dos credores da devedora original e o dos credores da outra, que tinha patrimônio para saldar suas obrigações, porém foi surpreendida com uma obrigação advinda da atuação ilícita de um terceiro.

O professor Edilson Enedino faz uma brilhante comparação entre a empresa em situação de crise e um barco, em que o empresário seria o capitão e os credores os passageiros e tripulantes, de modo que a ruína daquele inevitavelmente trará prejuízos aos demais e ao mercado, por esse motivo a intenção da norma falimentar seria afastar o devedor empresário da condução, mas preservar a continuidade da empresa.²² Utilizando tal metáfora, podemos imaginar um grupo societário como o navio, e a separação patrimonial como sendo divisórias entre cada compartimento, para que, em caso de crise, esta não se alastre, limitando os danos às atividades que

²⁰ BRASIL. Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv881.htm>. Acesso em: 12 jun. 2019.

²¹ Afirma-se aqui que tal lógica foi reforçada pela MP 881, pois há autores que afirmam que, nesse ponto, não houve inovação, mas somente deixou-se mais clara a *mens legis* das normas que já existiam, buscando orientar sua interpretação.

²² Tal metáfora está presente na dissertação de mestrado do referido autor (DAS CHAGAS, Edilson Enedino. Desconsideração da personalidade jurídica na falência: decisão ineficiente. 2013. 242 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito: Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD, Brasília, 2013. p. 65.) e é frequentemente utilizada em suas exposições quanto ao direito empresarial, por exemplo no I Seminário Direito Comercial (DAS CHAGAS, Edilson Enedino. I Seminário Direito Comercial - 4º Painel. 2015. 97 min, son., color. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=4EOiRzwLU7Q>>. Acesso em: 13 jun. 2019).

geraram a catástrofe e aos bens a elas vinculados, resguardando a segurança do mercado e dos credores que não se relacionaram diretamente com a empresa em crise.

3 A *DISREGARD DOCTRINE*

Até aqui, discorremos sobre as situações em que a estrutura societária é utilizada em conformidade com a legislação, buscando finalidades lícitas, porém é bem possível, e até provável, que determinados sujeitos busquem guarida por detrás da proteção do patrimônio para acobertar condutas ilícitas ou imorais. Com a finalidade de combater esse uso irregular da pessoa jurídica, a doutrina passou a aceitar a possibilidade de ignorar-se o véu da personalidade autônoma, alcançando bens que não integrariam o patrimônio formal da empresa.²³

A tal teoria, convencionou-se a nomenclatura de desconsideração da personalidade jurídica, ou *disregard doctrine*, introduzida no direito Brasileiro por Rubens Requião visando justamente a adequação entre a autonomia patrimonial e a função social da empresa.²⁴ Essa possibilidade está positivada no artigo 50 do Código Civil²⁵, prevendo que somente seria possível quando reunidos dois requisitos básicos: desvio de finalidade ou confusão patrimonial; e benefício direto ou indireto do proprietário do patrimônio que se busca alcançar.²⁶

Com isso, dois poderiam ser os intuitos da desconsideração: retornar à sociedade parte de seu patrimônio que foi desviado em razão da atuação irregular por parte de seus administradores; ou responsabilizar os sócios por dívidas pessoais que teriam sido assumidas em nome da pessoa jurídica. Aponta nesse sentido o fato

²³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Da desconsideração da pessoa jurídica – Aspectos de direito material e processual. Revista Jurídica do Ministério Público, v. 6, p. 53-68, mai./2006. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/257/da%20desconsidera%C3%A7a%20pessoa%20juridica_Grinover.pdf?sequence=1>. Acesso em: 13 jun 2019.

²⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.2. p. 60.

²⁵ BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 jun 2019.

²⁶ Antes do advento da MP 881/2019, somente era exigível a demonstração do desvio de finalidade ou confusão patrimonial, porém atualmente o referido normativo exige também a demonstração de que os administradores ou sócios da pessoa jurídica foram beneficiados de tal situação: BRASIL. Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv881.htm>. Acesso em: 12 jun. 2019.

de a doutrina defender que a desconsideração não negaria a separação, mas sim determinaria onde deve estar a fronteira entre os patrimônios.²⁷

Deste modo, a obrigação assumida pelos sócios fora dos limites determinados pelo contrato social e sem permissão normativa não deve ser imputada à sociedade, mas aos sócios.²⁸ Do mesmo modo, o patrimônio que foi desviado da companhia para o patrimônio pessoal do sócio, deve retornar para fazer frente às dívidas daquela. Nesse sentido, a jurisprudência entende que “se o controlador, que é o maior interessado na manutenção desse princípio [da separação patrimonial], descumpre-o na prática, não se vê bem porque os juízes haveriam de respeitá-lo, transformando-o, destarte, numa regra puramente unilateral”²⁹.

Vê-se que o alcance do patrimônio dos sócios pela aplicação da *disregard doctrine* busca reforçar a própria personalização imputando-os determinados atos, “preservando a validade e existência de todos os demais atos que não se relacionam com o desvio de finalidade, protegendo, assim, a própria existência da pessoa jurídica”³⁰.

Analisando a formação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), verifica-se que esse foi o fundamento utilizado para que se entendesse ser possível a extensão dos efeitos da falência de uma sociedade a outras com base em

²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Da desconsideração da pessoa jurídica – Aspectos de direito material e processual. Revista Jurídica do Ministério Público, v. 6, p. 53-68, mai./2006. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/257/da%20desconsidera%C3%A7ao%20pessoa%20juridica_Grinover.pdf?sequence=1>. Acesso em: 13 jun 2019.

²⁸ MOREMANS, Daniel de (1989) apud GRINOVER, Ada Pellegrini. Da desconsideração da pessoa jurídica – Aspectos de direito material e processual. Revista Jurídica do Ministério Público, v. 6, p. 53-68, mai./2006. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/257/da%20desconsidera%C3%A7ao%20pessoa%20juridica_Grinover.pdf?sequence=1>. Acesso em: 13 jun 2019.

²⁹ COMPARATO, Fábio Konder apud BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. [...]. REsp 332.763/SP. Terceira Turma. Recorrente: Eduardo Santos Guimarães - Espólio. Recorrido: Alarbank Indústria e Segurança Ltda. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 30 de abril de 2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=7756&num_registro=200100968948&data=20020624&formato=PDF>. Acesso em: 13 jun 2019.

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. [...]. REsp 211.619 /SP. Terceira Turma. Recorrente: Pemobi Comercial Exportadora Ltda e Outros. Recorrido: Resegue Industria e Comercio S/A - Massa Falida. Relator: Min. Eduardo Ribeiro. Brasília, 16 de fevereiro de 2001. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=58105&num_registro=199900376668&data=20010423&formato=PDF>. Acesso em: 13 jun 2019.

relações societárias mantidas entre elas.³¹ Da leitura da descrição fática e da fundamentação dos julgados, fica evidente o tipo de situação que levou a esta construção: em síntese, foram julgadas situações em que “empresas que exploram o mesmo ramo de atividade [...], estão sediadas no mesmo endereço, dispõem dos mesmos telefones e se valem de denominações semelhantes”³².

Nos casos em que basearam a pacificação do entendimento jurisdicional, tratou-se de utilização da pessoa jurídica como mero instrumento para a atuação de terceiros, em proveito próprio.³³ Com isso, a tese que foi aceita dizia respeito à possibilidade de desconsiderar a própria constituição de uma sociedade quando ficasse verificada a existência de um único estabelecimento, uma única empresa, porém razões sociais diferentes.^{34 e 35}

A doutrina reforça essa possibilidade nos grupos societários quando a realidade fática aponta que, a despeito da separação formal, há uma “unidade econômica”³⁶, na mesma linha que a jurisprudência apontada acima, verifica-se que a autonomia patrimonial somente seria oponível a terceiros quando é estritamente observada pela administração do grupo. Em decorrência disso, portanto, poderíamos

³¹ Sobre a construção da jurisprudência do STJ, ver os seguintes julgados, por ano de julgamento: em 1996, REsp 86502/SP; em 1998, REsp 158051/RJ; em 2000, REsp 63652/SP, REsp 170034/SP, e REsp 252759/SP; em 2001, REsp 211619/SP; em 2002, REsp 332763/SP e RMS N° 12.872/SP; e em 2004, REsp 228.357/SP.

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. [...]. REsp 86.502 /SP. Quarta Turma. Recorrente: Telesparker Ltda Serviços Gerais. Recorrido: Alarbank Industria e Segurança Ltda. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 16 de abril de 1996. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199600047596&dt_publicacao=26-08-1996&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 13 jun 2019.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. [...]. REsp 158.051/RJ. Quarta Turma. Recorrente: União e Ramon Rodriguez Crespo e Outros. Recorrido: Boris Jaime Lerner e Outro. Relator: Min. Barros Monteiro. Brasília, 22 de setembro de 1998. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700878864&dt_publicacao=12-04-1999&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 13 jun 2019.

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. [...]. REsp 63.652/SP. Quarta Turma. Recorrente: H L Serviços Motorizados S/C Ltda (Falida). Recorrido: H L Serviços Motorizados S/C Ltda (Massa Falida). Relator: Min. Barros Monteiro. Brasília, 13 de junho de 2000. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500173786&dt_publicacao=21-08-2000&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 13 jun 2019.

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. [...]. REsp 86.502 /SP. Quarta Turma. Recorrente: Telesparker Ltda Serviços Gerais. Recorrido: Alarbank Industria e Segurança Ltda. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 16 de abril de 1996. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199600047596&dt_publicacao=26-08-1996&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 13 jun 2019.

³⁶ DINIZ, Gustavo Saad. Grupos societários: da formação à falência. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 26.

inferir que quando ocorresse diversidade fática e jurídica quanto aos bens e direitos pertencentes a cada uma das unidades do grupo, o judiciário não deveria unificá-los.

Nos parece problemática, porém, a inserção do argumento de que a defesa de “interesses do grupo”³⁷ e a “unidade gerencial”³⁸ fariam parte dos fundamentos para a desconsideração. Ora, o alinhamento entre as decisões políticas das sociedades pertencentes a um mesmo grupo é inerente à própria lógica das relações intersocietárias³⁹, não fosse isso, não haveria sentido em se unir. Posto isso, considerando a existência de autorização legal expressa, não é razoável interpretar como ilícita a existência de uma gestão central para empresas pertencentes ao mesmo grupo.

Além disso, a Lei das SAs, em seu art. 246, possui previsão expressa de qual o “remédio”⁴⁰ cabível para reparar os danos causados pela sociedade controladora, em caso atuação contrária aos interesses das controladas. É de se perceber que as letras “a” e “f” do parágrafo primeiro do art. 117 da referida norma se amoldam perfeitamente à situação em que a controladora “favorece outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia” e/ou “contrata com a companhia [...] em condições de favorecimento ou não equitativas”.⁴¹

Ora, logicamente a “unidade gerencial”⁴² e a atuação em defesa de “interesses do grupo”⁴³ somente podem gerar três tipos de resultados: beneficiar a controlada;

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. [...]. REsp 211.619 /SP. Terceira Turma. Recorrente: Pemobi Comercial Exportadora Ltda e Outros. Recorrido: Resegue Industria e Comercio S/A - Massa Falida. Relator: Min. Eduardo Ribeiro. Brasília, 16 de fevereiro de 2001. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=58105&num_registro=199900376668&data=20010423&formato=PDF>. Acesso em: 13 jun 2019.

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. [...]. REsp 332.763/SP. Terceira Turma. Recorrente: Eduardo Santos Guimarães - Espólio. Recorrido: Alarbank Indústria e Segurança Ltda. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 30 de abril de 2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=7756&num_registro=200100968948&data=20020624&formato=PDF>. Acesso em: 13 jun 2019.

³⁹ DE ALMEIDA, Marcelo Ribeiro. Sociedades coligadas, controladas e controladoras (holding). Revista de Ciência Política, v. 30, n. 2, p. 81-95, 1987.

⁴⁰ Utiliza-se remédio na concepção defendida por Richard Posner como sendo a medida admissível judicialmente para garantir a satisfação de determinado direito: POSNER, Richard A. A economia da justiça. 1ª Edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 22.

⁴¹ BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404consol.htm>. Acesso em: 12 jun. 2019.

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. [...]. REsp 332.763/SP. Terceira Turma. Recorrente: Eduardo Santos Guimarães - Espólio. Recorrido: Alarbank Indústria e Segurança Ltda. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 30 de abril de 2002. Disponível em:

não causar impacto em seus interesses; ou causar-lhe prejuízo. Quanto às duas primeiras situações, carece o elemento essencial para a responsabilização, o dano efetivo a quem busca reparação, e na terceira, a Lei traz uma solução que se adequa ao princípio da preservação da empresa e garante a adequada resposta ao ato ilícito, não sendo necessária a criação de outro remédio por meio da jurisprudência.

4 APLICAÇÃO AO REGIME FALIMENTAR

Os argumentos expressados anteriormente adquirem especial relevância quando se insere na equação o regime de exceção previsto na legislação falimentar, principalmente ao se considerar que sua finalidade precípua é “o encerramento da vida econômica do devedor falido”⁴⁴. Voltando à metáfora do barco, o estado falimentar poderia ser representado pela ruptura de seu casco, sendo inviável a manutenção da atividade econômica, as atenções do direito voltam-se para a minimização dos danos causados aos credores e ao mercado.

Trata-se de procedimento de execução coletiva, ou concursal, no qual todos os bens e direitos do devedor são arrecadados para fazer frente a todos os seus débitos que são, igualmente, trazidos à relação jurídica processual.⁴⁵ Podemos traçar dois objetivos latentes na legislação falimentar: a preservação da empresa⁴⁶ conforme o texto explícito do art. 75 da Lei de Falências⁴⁷; e o tratamento isonômico entre os credores do falido, uma vez que a legislação estabeleceu claramente a

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=7756&num_registro=200100968948&data=20020624&formato=PDF>. Acesso em: 13 jun 2019.

⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. [...]. REsp 211.619 /SP. Terceira Turma. Recorrente: Pemobi Comercial Exportadora Ltda e Outros. Recorrido: Resegue Industria e Comercio S/A - Massa Falida. Relator: Min. Eduardo Ribeiro. Brasília, 16 de fevereiro de 2001. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=58105&num_registro=199900376668&data=20010423&formato=PDF>. Acesso em: 13 jun 2019.

⁴⁴ CHAGAS, Edilson Eneidino das. Direito empresarial esquematizado. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 741.

⁴⁵ CHAGAS, Edilson Eneidino das. Direito empresarial esquematizado. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 940.

⁴⁶ Cabe a consideração de que o vocábulo empresa aqui é tomado no sentido de atividade: “conjunto de atos destinados a uma finalidade comum” (TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial, Volume 3: Falência e Recuperação de Empresas. São Paulo: Atlas, 2011. p. 12)

⁴⁷ BRASIL. Lei 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/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 17 jun 2019.

ordem de prioridade dentre as classes de créditos, e a utilização de execuções individuais tenderia a subverter tal ordem.⁴⁸

Dá leitura da jurisprudência elencada anteriormente, depreende-se que nos casos julgados, a despeito da aparência de que as decisões tivessem decretado a falência das controladoras em razão da desconsideração da personalidade jurídica, o que de fato ocorreu foi a declaração de que “a utilização de duas razões sociais para a mesma empresa comercial não afasta a óbvia conclusão de que, na hipótese, existe apenas uma pessoa jurídica”⁴⁹. Portanto, a “extensão dos efeitos da falência” teve caráter meramente declaratório, pois no momento da decretação da falência da primeira sociedade, a segunda já havia falido juntamente uma vez que tratava-se tão somente de uma simulação utilizada pelos sócios com objetivo de frustrar o adimplemento das obrigações empresariais desviando o patrimônio do juízo falimentar.

Ocorre que a jurisprudência atualmente caminha a passos largos para permitir a utilização dessa mesma “extensão dos efeitos da falência” para decretar a falência de sociedades plenamente funcionais, frente a qualquer sinal de fraude em seu relacionamento com a falida. Demonstração disso pode ser percebida no julgamento do REsp 1.259.020 de São Paulo em que o STJ entendeu que uma fraude, decorrente de uma operação de *Sale and Lease Back*, seria suficiente para gerar a falência de uma sociedade que, até tal data, poderia ser perfeitamente viável e sequer tinha vínculos societários com a falida, o que não pôde ser analisado nos autos pela ausência de instrução antes da extensão da falência.⁵⁰

⁴⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.2. p. 253, e TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial, Volume 3: Falência e Recuperação de Empresas. São Paulo: Atlas, 2011. p. 266.

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. [...] RMS Nº 12.872/SP. Terceira Turma. Recorrente: K L Instrumentos de Precisão Ltda. Recorrido: Juízo De Direito da 29ª Vara Cível de São Paulo - SP. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 24 de junho de 2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=106877&num_registro=200100100791&data=20021216&formato=PDF>. Acesso em: 14 jun 2019.

⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. [...] REsp 1.259.020 - SP. Quarta Turma. Recorrente: Securinvest Holdings S/A. Recorrido: Petroforte Brasileiro De Petróleo Ltda – Massa Falida. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 09 de agosto de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1079032&num_registro=201001345577&data=20111028&formato=PDF>. Acesso em: 15 abril 2019.

Conforme exposto anteriormente, nem toda espécie de fraude justificaria a desconsideração da personalidade jurídica ou, nas palavras de Ada Pellegrini Grinover: “A desconsideração [...] não é medida que se possa ou que se deva banalizar e não é panacéia para todos os males de credores em face de possíveis devedores”⁵¹. Além disso, devemos tomar por base o fato de que a solução jurisdicional de determinada lide somente se legitima pela adoção do devido processo legalmente estabelecido.⁵² Ora, se o legislador ordinário determinou o processo específico destinado à solução de determinado tipo de lesão, não é legítimo ao judiciário substituir-se àquele para estabelecer outro tipo de procedimento aplicável.

Devemos repisar a imensa diferença entre a obrigação de reparar os danos causados à falida e a extensão dos efeitos da falência de uma sociedade a outra. Para tanto, é necessário memorar os dois efeitos proeminentes da decretação falência: a arrecadação imediata de todos os bens do falido; e a sujeição de todos os seus credores ao juízo falimentar.⁵³ Totalmente distintos seriam os efeitos da obrigação de reparar, que submeteria o devedor a uma execução particular e, caso não adimplisse tal obrigação tempestivamente, poderia ser requerida a falência regularmente, essa seria a regra geral das execuções no direito Brasileiro.⁵⁴

É de se salientar que o princípio basilar que orienta os pagamentos a serem realizados na falência é o *par conditio creditorum* (tratamento paritário dos credores)⁵⁵, que tem por objetivo primário garantir que todos os credores que se encontrem em situação similar tenham iguais condições de obter o pagamento de seus créditos.

Caso os argumentos trazidos anteriormente não tenham sido suficientes para demonstrar sua ineficiência podemos discorrer brevemente sobre as possíveis

⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Da desconsideração da pessoa jurídica – Aspectos de direito material e processual. Revista Jurídica do Ministério Público, v. 6, p. 53-68, mai./2006. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/257/da%20desconsidera%C3%A7ao%20pessoa%20juridica_Grinover.pdf?sequence=1>. Acesso em: 23 abril 2019.

⁵² FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional. Ed. 5. Salvador: JusPodvim, 2013. p. 440. e DINIZETTI, Elpídio. Curso didático de direito processual civil.13. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 76.

⁵³ CHAGAS, Edilson Enedino das. Direito empresarial esquematizado. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, e COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.2.

⁵⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.3. p. 252.

⁵⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.3. p. 254.

consequências práticas da extensão da falência. Trazidos ao processo os bens da nova sociedade (massa falida objetiva), seus credores (massa falida subjetiva) não poderiam ser deixados à mercê de sua própria sorte, e considerando a paridade entre os credores deveriam ser trazidos aos autos do procedimento falimentar, emergiria então uma nova “classe” de credores a serem considerados para a formação do quadro geral.

Assim, podemos imaginar duas configurações após a extensão: ou o patrimônio da segunda sociedade é suficiente para saldar todas os seus débitos próprios e restariam bens para auxiliar no pagamento dos da primeira; ou, constatado o déficit patrimonial, somente restariam de seu acervo patrimonial mais débitos a serem compartilhados.

No primeiro caso, a utilização dos meios regulares de cobrança após a responsabilização por determinadas obrigações alcançaria resultado igual ou superior para os credores da primeira falida, com um custo inferior para os credores da segunda. Além disso, a extensão da falência retiraria do mercado um agente que produz ou circula bens, cria empregos e estimula a economia, contrariando ou, ao menos, dificultando a aplicação do princípio da preservação da empresa.

Ademais, os créditos devidos pela primeira falida configurariam obrigação a título gratuito em relação à segunda sociedade⁵⁶, deste modo, não seriam exigíveis da massa falida ou, na melhor das hipóteses, somente o seria após o adimplemento dos demais créditos. Estas considerações retirariam totalmente a utilidade de tal medida no regime da Lei 11.101/05, reforçando a tese de que o julgador deveria buscar prioritariamente a utilização dos meios ordinários de reparação à massa.

Posto isso, devemos voltar às balizas ditadas pela hermenêutica jurídica, considerando haver dois resultados possíveis para a solução do problema ditado pelo caso. Segundo os ensinamentos de Carlos Maximiliano, a aplicação da norma deve buscar, tanto quanto possível, o melhor resultado para a coletividade, com isso, seria necessário dar prioridade ao “sentido conducente ao resultado mais razoável, que

⁵⁶ CHAGAS, Edilson Enedino das. Direito empresarial esquematizado. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

melhor corresponda às necessidades da prática, e seja mais humano, benigno, suave”⁵⁷.

No segundo cenário possível após a extensão da falência, o déficit patrimonial, reside a questão mais obscura como devem ser catalogados e ordenados os credores, para fins de pagamento. Deveriam ser formados dois quadros de credores, independentes, ou todos os credores devem ser agrupados em um único quadro e os bens unidos para o pagamento conjunto de todos os créditos?

Nos parece que a intenção da norma jurídica seria pela aplicação da lógica de “uma pessoa, um patrimônio, uma insolvência” (*eine Person, ein Vermögen, eine Insolvenz*)⁵⁸. Especialmente por ter sido adotado um critério jurídico típico para a decretação da falência no direito brasileiro, de modo que a ausência de patrimônio suficiente para saldar seus compromissos não caracteriza a falência de um empresário, porem seu enquadramento em qualquer das hipóteses previstas no art. 94 da Lei 11.101/05 sim, ainda que o valor de seu patrimônio seja infinitamente superior à soma de suas dívidas.

Posto isso, a extensão da falência para os casos em que não há a mera separação formal internamente a uma única pessoa jurídica somente poderia decorrer da interpretação de que o rol trazido pelo art. 94 supracitado seria meramente exemplificativo. Ocorre que tal interpretação inaugura um precedente perigoso para um mercado empresarial instável como o brasileiro, situação que parece ter levado o legislador a optar pelo critério jurídico em lugar do econômico, substituindo o antigo paradigma da “declaração da falência”⁵⁹, para sua decretação, após a cognição judicial.

5 CONCLUSÃO

Verifica-se, portanto, que a organização da empresa na forma de grupos societários tem como objetivo inicial a otimização dos recursos disponíveis, como

⁵⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. – Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 135.

⁵⁸ HIRTE, Heribert apud DINIZ, Gustavo Saad. *Grupos societários: da formação à falência*. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

⁵⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. *Lei de Falências*. Rio de Janeiro, 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7661.htm>. Acesso em: 17 jun 2019.

modo de garantir sua sobrevivência, especialmente em mercados competitivos e arriscados. Destarte, não nos parece minimamente razoável entender que a mera existência de relações societárias entre o devedor falido e outras sociedades seria suficiente para estender a estas o estado falimentar.

Passado este ponto, verifica-se que a desconsideração da personalidade jurídica pode ser fortemente enfraquecida pelas regras do regime falimentar, especialmente porque a *disregard doctrine* teria por objetivo justamente a preservação da pessoa jurídica por meio da responsabilização pessoal dos sócios pelos atos contrários aos interesses daquela. Assim, se a falência busca o próprio “encerramento da vida econômica do devedor falido”⁶⁰, a desconsideração acabaria por repassar a terceiros as mazelas da decretação da falência.

Deste modo, a desconsideração na falência deve ser tratada como possibilidade excepcionalíssima, reservada àquelas situações em que a realidade dos fatos aponta para a ausência de separação patrimonial, a despeito da autonomia formal das sociedades. Em resumo, a extensão da falência deveria ficar restrita aos casos em que a criação de uma nova personalidade jurídica não passa de uma simulação, e a empresa continua a ser exercida da mesma forma, com o mesmo patrimônio, mesmos sócios majoritários, e mesma gerencia; ou quando o grupo societário possui um único patrimônio, não sendo possível distinguir os bens da falida dos bens das outras sociedades.

Ocorre que, da análise da jurisprudência mais recente do STJ percebe-se que há uma tendência de flexibilização de tais requisitos, admitindo-se cada vez mais a desconsideração em decorrência de ligações menos expressivas e relevantes, por exemplo: em decorrência do uso de uma mesma marca por diversas sociedades⁶¹; o desvio de patrimônio de uma sociedade a outra, sem a demonstração de qualquer

⁶⁰ CHAGAS, Edilson Eneidino das. Direito empresarial esquematizado. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 741.

⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial. [...]. AgInt no REsp 1.201.224 - RJ. Quarta Turma. Agravante: Cláudio Maurício Cavalcanti Loureiro. Agravado: Sensação do Alcântara Magazine Ltda – Massa Falida. Relator: Min. Marco Buzzi. Brasília, 17 de agosto de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1627168&num_registro=201001296967&data=20170828&formato=PDF>. Acesso em: 18 jun 2019.

tipo de vínculo societário entre elas⁶²; e pela atuação no mesmo segmento e com “Composição Social Familiar”⁶³.

Não se afirma aqui que tais fraudes devam ser amparadas pelo direito, nem que seu uso deva ser permitido em prejuízo dos credores do devedor falido, porém não nos parecem ser casos que justificariam os prejuízos ao mercado e aos credores da sociedade a que é estendida a falência. Em sentido contrário, devem ser utilizados os mecanismos legalmente e previamente estabelecidos e, caso a prova constante nos autos não possa embasar tais procedimentos, menor ainda seria seu potencial para fundamentar medida tão gravosa à coletividade como a quebra de sociedades regularmente constituídas e em pleno funcionamento.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. Lei de Falências. Rio de Janeiro, 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7661.htm>. Acesso em: 17 jun 2019.

_____. Exposição de Motivos nº 196, de 24 de junho de 1976, do ministério da fazenda. Encaminha o Projeto de Lei das Sociedades por Ações, elaborado com base nas diretrizes fixadas na Exposição de Motivos CDE nº 14 de 25 de junho de 1974. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/leis-decretos/anexos/EM196-Lei6404.pdf>>. Acesso em: 12 jun 2019.

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 jun 2019.

_____. Lei 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/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 17 jun 2019.

⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. [...]. REsp 1.259.020 - SP. Quarta Turma. Recorrente: Securinvest Holdings S/A. Recorrido: Petroforte Brasileiro De Petróleo Ltda – Massa Falida. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 09 de agosto de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1079032&num_registro=201001345577&data=20111028&formato=PDF>. Acesso em: 15 jun 2019.

⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial. [...]. AgRg no REsp 1.436.942 - PR. Decisão Monocrática. Agravante: M4 Veiculos Ltda. E Copabra Comércio de Automóveis Ltda. Agravado: Administradora de Consorcios Varaschin S/C Ltda - Massa Falida. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 11 de março de 2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=93160340&num_registro=201900196172&data=20190426>. Acesso em: 18 jun 2019.

_____. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica [...] e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/112529.htm>. Acesso em: 12 jun 2019.

_____. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acesso em: 12 jun. 2019.

_____. Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv881.htm>. Acesso em: 12 jun 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial. [...]. AgRg no REsp 1.229.579 - MG. Quarta Turma. Agravante: União Patrimonial Ltda. Agravado: Uniauto Administradora de Consórcios Ltda - Massa Falida. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, 18 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1205463&num_registro=201002236856&data=20130208&formato=PDF>. Acesso em: 18 jun 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. [...]. REsp 1.259.020 - SP. Quarta Turma. Recorrente: Securinvest Holdings S/A. Recorrido: Petroforte Brasileiro De Petróleo Ltda – Massa Falida. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 09 de agosto de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1079032&num_registro=201001345577&data=20111028&formato=PDF>. Acesso em: 15 jun 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial. [...]. AgInt no REsp 1.201.224 - RJ. Quarta Turma. Agravante: Cláudio Maurício Cavalcanti Loureiro. Agravado: Sensação do Alcântara Magazine Ltda – Massa Falida. Relator: Min. Marco Buzzi. Brasília, 17 de agosto de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1627168&num_registro=201001296967&data=20170828&formato=PDF>. Acesso em: 18 jun 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial. [...]. AgRg no REsp 1.436.942 - PR. Decisão Monocrática. Agravante: M4 Veículos Ltda. E Copabra Comércio de Automóveis Ltda. Agravado: Administradora de Consórcios Varaschin S/C Ltda - Massa Falida. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 11 de março de 2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=93160340&num_registro=201900196172&data=20190426>. Acesso em: 18 jun 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. [...]. REsp 158.051/RJ. Quarta Turma. Recorrente: União e Ramon Rodriguez Crespo e Outros. Recorrido: Boris Jaime Lerner e Outro. Relator: Min. Barros Monteiro. Brasília, 22 de setembro de 1998. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700878864&dt_publicacao=12-04-1999&cod_tipo_documento=>. Acesso em: 13 jun 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. [...]. REsp 170.034/SP. Quarta Turma. Recorrente: Paes Mendonça S/A. Recorrido: Instel Força e Luz S/C Ltda - Micro Empresa. Relator: Min. Eduardo Ribeiro. Brasília, 06 de junho de 2000. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=72207&num_registro=199800241817&data=20001023&formato=PDF>. Acesso em: 17 jun 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. [...]. REsp 211.619 /SP. Terceira Turma. Recorrente: Pemobi Comercial Exportadora Ltda e Outros. Recorrido: Resegue Industria e Comercio S/A - Massa Falida. Relator: Min. Eduardo Ribeiro. Brasília, 16 de fevereiro de 2001. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=58105&num_registro=199900376668&data=20010423&formato=PDF>. Acesso em: 13 jun 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. [...]. REsp 228.357/SP. Terceira Turma. Recorrente: Garavelo e Companhia - Massa Falida. Recorrido: Garavelo e Companhia - Falida e Outro. Relator: Min. Castro Filho. Brasília, 09 de dezembro de 2003. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=447478&num_registro=199900776640&data=20040202&formato=PDF>. Acesso em: 17 jun 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. [...]. REsp 252.759/SP. Terceira Turma. Recorrente: W. Pires Comércio, Administração e Participações Ltda e Outros. Recorrido: Ancona Administração e Participações S/A Ltda. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 12 de setembro de 2000. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=68970&num_registro=200000279145&data=20001127&formato=PDF>. Acesso em: 17 jun 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. [...]. REsp 332.763/SP. Terceira Turma. Recorrente: Eduardo Santos Guimarães - Espólio. Recorrido: Alarbank Indústria e Segurança Ltda. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 30 de abril de 2002. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=7756&num_registro=200100968948&data=20020624&formato=PDF>. Acesso em: 13 jun 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. [...]. REsp 63.652/SP. Quarta Turma. Recorrente: H L Serviços Motorizados S/C Ltda (Falida). Recorrido: H L Serviços Motorizados S/C Ltda (Massa Falida). Relator: Min. Barros Monteiro. Brasília, 13 de junho de 2000. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500173786&dt_publicacao=21-08-2000&cod_tipo_documento=>. Acesso em: 13 jun 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. [...]. REsp 86.502 /SP. Quarta Turma. Recorrente: Telesparker Ltda Serviços Gerais. Recorrido: Alarbank Industria e Segurança Ltda. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 16 de abril de 1996. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199600047596&dt_publicacao=26-08-1996&cod_tipo_documento=>. Acesso em: 13 jun 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. [...]. RMS Nº 12.872/SP. Terceira Turma. Recorrente: K L Instrumentos de Precisão Ltda. Recorrido: Juízo De Direito da 29ª Vara Cível de São Paulo - SP. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 24 de junho de 2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=106877&num_registro=200100100791&data=20021216&formato=PDF>. Acesso em: 14 jun 2019.

CHAGAS, Edilson Enedino das. Direito empresarial esquematizado. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Desconsideração da personalidade jurídica na falência: decisão ineficiente. 2013. 242 f. Dissertação (Mestrado)- Programa de Pós-Graduação em Direito: Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD, Brasília, 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.2.

_____. Curso de direito comercial. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.3.

COMPARATO, Fábio Konder apud BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. [...]. REsp 332.763/SP. Terceira Turma. Recorrente: Eduardo Santos Guimarães - Espólio. Recorrido: Alarbank Indústria e Segurança Ltda. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 30 de abril de 2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=7756&num_registro=200100968948&data=20020624&formato=PDF>. Acesso em: 13 jun 2019.

DE ALMEIDA, Marcelo Ribeiro. Sociedades coligadas, controladas e controladoras (holding). Revista de Ciência Política, v. 30, n. 2, p. 81-95, 1987.

DINIZ, Gustavo Saad. Grupos societários: da formação à falência. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 26.

DRUCKER, Peter Ferdinand. 50 casos reais de administração. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Manual de Direito Comercial. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional. Ed. 5. Salvador: JusPodvim, 2013. p. 440. e DINIZETTI, Elpídio. Curso didático de direito processual civil. 13. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 76.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da desconsideração da pessoa jurídica – Aspectos de direito material e processual. Revista Jurídica do Ministério Público, v. 6, p. 53-68, mai./2006. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/257/da%20desconsidera%C3%A7ao%20pessoa%20juridica_Grinover.pdf?sequence=1>. Acesso em: 13 jun 2019.

HIRTE, Heribert apud DINIZ, Gustavo Saad. Grupos societários: da formação à falência. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MOREMANS, Daniel de (1989) apud GRINOVER, Ada Pellegrini. Da desconsideração da pessoa jurídica – Aspectos de direito material e processual. Revista Jurídica do Ministério Público, v. 6, p. 53-68, mai./2006. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/257/da%20desconsidera%C3%A7ao%20pessoa%20juridica_Grinover.pdf?sequence=1>. Acesso em: 13 jun 2019.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. Execução trabalhista e responsabilidade de sócios e diretores. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_25974422_EXECUCAO_TRABALHISTA_E_RESPONSABILIDADE_DE_SOCIOS_E_DIRETORES.aspx>. Acesso em: 12 jun 2019.

POSNER, Richard A. A economia da justiça. 1ª Edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 410, p. 10-24, dez. 1969.

TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial, Volume 3: Falência e Recuperação de Empresas. São Paulo: Atlas, 2011.

A TRAVA BANCÁRIA EM DESFAVOR À RECUPERAÇÃO JUDICIAL

THE BANKRUPTCY IN FAULT OF JUDICIAL RECOVER

Nathália Batista Cardoso

RESUMO

Este artigo tem como objetivo demonstrar a fragilidade do modelo atual de recuperação judicial quanto à garantia real e sua supressão frente a tentativa de sobrevivência das empresas e demais credores, em um cenário de crise econômico-financeira. Tendo em vista a proteção do direito do credor fiduciário e de sua garantia, trataremos ainda nesse artigo os conceitos “*hold out*”, “*stay period*” e sua origem. Também demonstrará a impossibilidade de salvar a empresa diante dos credores resistentes à negociação e disposição de sua garantia, bem como a desconsideração dos princípios de preservação da função social da empresa, em gerar empregos, lucros e pagamentos de impostos.

Palavras-chave: Trava bancária, falência, empresas em recuperação Judicial.

ABSTRACT

This article aims to demonstrate the fragility of the current model of judicial recovery regarding the real guarantee and its suppression in the attempt of survival of companies and other creditors, in a scenario of economic and financial crisis. In order to protect the fiduciary creditor's right and the guarantor's guarantee, we will also discuss in this article the concepts "hold out", "stay period" and their origin. It will also demonstrate the impossibility of saving the company against creditors who are resistant to the negotiation and provision of their real guarantee, as well as disregarding the principles of preserving the company's social function, generating jobs, profits and tax payments.

Keywords: Bankruptcy, bankruptcy, companies in recovery Judicial.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende estudar a fragilidade financeira a que uma empresa é submetida, frente a recuperação judicial, nos casos em que a trava bancária se torna um grande obstáculo à recuperação das empresas com sucesso.

Nos moldes atuais, com a decretação da recuperação judicial, a empresa não detém mais o controle total sobre seus recebíveis futuros, e ocorre um esvaziamento antecipado de suas vendas dadas em garantia ou cessão fiduciária, quando o razoável seria a manutenção de 30%, muitos credores retêm até 100% desses créditos, com apenas o deferimento do processamento da recuperação, ignorando o procedimento estabelecido no plano de recuperação judicial.

Em função da natureza desse crédito, o credor pode a qualquer momento após o processamento da recuperação judicial, bloquear o acesso da empresa a esses depósitos, aos quais são gerenciados pelo próprio credor em uma conta vinculada, razão em que esse artigo demonstrará a fragilidade imposta pelo legislador, ao colocar o credor (bancário) fora da mesa de negociação, de modo que seus créditos não se submetem aos efeitos da recuperação judicial.

2 A TRAVA BANCÁRIA

A trava bancária permite que o credor detentor do crédito bloqueie o acesso da empresa aos depósitos gerados em razão de seus negócios, vendas e etc, produzidos e desenvolvidos pela própria empresa.

É considerada uma garantia de mercado habitual. As empresas concedem aos bancos os seus direitos sobre as parcelas de vendas de recebíveis, presentes ou futuros, como garantia de alienação ou cessão fiduciária para a concessão de créditos de financiamento. Em virtude da garantia desses recebíveis ser certa, as taxas aplicadas são baixas e muito atrativas as empresas.

Na trava bancária, a empresa deixa de receber diretamente os valores de suas vendas por cartões de crédito à prazo livremente em suas contas bancárias, por exemplo. As vendas a prazo deverão transitar em contas vinculadas ao banco

concedente do crédito, e parcela desse crédito poderá abater os valores do respectivo empréstimo.

O banco se reserva o direito de gerenciar o processo de créditos e sua liberação. Com o deferimento da recuperação judicial, o credor financeiro muitas vezes bloqueia de imediato o acesso a esses créditos para quitação do seu financiamento junto ao banco, antecipando seu crédito precavidamente, mesmo sem a inadimplência da empresa.

O tema em questão se tornou relevante, no cenário atual de crise econômica quanto as recuperações judiciais recorrentes. Em um país em crise, onde muitas empresas estão fechando as portas por falta de recursos, os bancos que além de ser os maiores credores, detêm como função principal financiar a atividade empresarial, e com o advento da lei 11.101/2005, foi excluído da mesa de negociação da recuperação judicial.

Esse privilégio concedido aos bancos ou instituições financeiras em geral, lhes deu direito de expropriarem de forma imediata os recebíveis ou patrimônios em geral da empresa em recuperação. Subjugando os demais credores aos efeitos do plano judicial, prejudicando o plano de recuperação.

Os pedidos de recuperação judicial são solicitados para conceder a empresa, tempo e condições para reorganizar suas finanças a fim de evitar uma falência de fato; Porém, em virtude dessa situação, a grande credora das empresas em recuperação são justamente os credores financeiros, que sua por vez, não entram na negociação da recuperação judicial, inviabilizando a reestruturação geral de suas dívidas.

3 A ALIENAÇÃO E A CESSÃO FIDUCIÁRIA NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

As alienações fiduciárias são aquelas em que a garantia é composta por um bem imóvel ou imóvel infungível, já a cessão fiduciária tem como garantia, títulos de crédito, presentes ou futuros.¹

Esses dois tipos de garantias bancárias são excluídos dos efeitos da recuperação na disposição do art. 49, §3º da lei 11.101/2005:

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

§ 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.²

Diante desse dispositivo, é notório que a recuperação judicial estará limitada a negociar muitas vezes, as dívidas que não são causa da dificuldade financeira enfrentada pela empresa e que a superação em uma eventual crise, não terá a possibilidade de renegociar dívidas bancárias.

Portanto, o modelo de recuperação judicial aplicado no Brasil, se mostra evidente um problema estrutural, em que torna inviável uma superação da crise de fato, já que um dos principais credores das empresas brasileiras, não se sujeitam aos efeitos de negociação da recuperação judicial.

¹ Chagas, Edilson Enedino das. Direito empresarial esquematizado. 4ª edição. São Paulo, Saraiva, 2017. p. 669.

² BRASIL. LEI Nº 11.101, DE 09 DE FEVEREIRO DE 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm

4 O *HOLD OUT* E *STAY PERIOD* NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O *hold-out*, representado pelo credor resistente, é aquele que pode dificultar ou impedir a negociação da recuperação judicial, deflagrando uma corrida para alcance de bens da empresa em crise individualmente. Considerando que a recuperação judicial tem como objetivo neutralizar obstáculos que uma empresa em crise enfrenta para conseguir uma renegociação global com seus credores, temos o *hold-out* como um dos principais obstáculos.

A existência de “credores resistentes” motiva ações individuais, que inviabilizam a reestruturação global das dívidas da empresa em crise e dá a largada em massa entre os credores contra o patrimônio da empresa. O cenário ideal, será o de trazer os credores para o plano de recuperação para viabilizar o recebimento e principalmente a recuperação e manutenção da empresa no mercado.

O processamento e deferimento da recuperação judicial deve, essencialmente, impedir ou evitar, que os credores avancem individualmente contra o patrimônio da empresa, durante esse período de negociação de plano de recuperação. Vale ainda salientar, que a decisão da maioria dos credores vincula a todos, inclusive os credores mais resistentes.

Já o termo *stay period* é utilizado para o período de negociação, onde ações individuais contra a empresa são suspensas, vinculando os credores resistentes e dissidentes. Esse modelo de recuperação e termos foram inspirados no modelo de recuperação americano, e que no modelo brasileiro, excluiu-se os *hold out*, da recuperação, ou seja, um dos alicerces para aplicação do modelo foi retirado, beneficiando os bancos, que em resumo são os titulares das garantias fiduciárias.

Ora, a exclusão dos credores fiduciários, dos efeitos produzidos pela recuperação judicial, além de violar a essência e a lógica da inspiração desse modelo, não viabilizará que uma negociação coletiva prossiga. Já que o principal credor da empresa em crise, poderá livremente prosseguir com seus recebimentos e

execuções de forma individual, impedindo inclusive que demais credores atinjam seus créditos.³

Ainda vale salientar, que se o credor fiduciário bloquear os créditos advindos da atividade rotineira da empresa, será mais um obstáculo a empresa a dar continuidade tanto da atividade quanto do plano de recuperação, violando a teoria da essencialidade e a função social da empresa em gerar empregos e pagar tributos.

Finalizar a recuperação judicial deve ser objetivo de todos dentro do processo, neutralizar os credores resistente (*hold out*) e respeitar o período de negociação, possibilitará a empresa, um alívio e a possibilidade de ressurgir, respeitando e cumprindo o plano de recuperação, garantirá, ou pelo menos facilitará sua sobrevivência no mercado.

5 O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

A função social da empresa é um princípio importante que traz na sua essência o exercício da atividade econômica, de todas as formas e meios para que continue contribuindo com a sociedade e o Estado com seus tributos, gerando renda, empregos e lucros.⁴

Sob esse manto protetor, o intuito não seria manter os lucros do empresário, mas manter a empresa em pleno funcionamento. Quando uma atividade empresarial desaparece, faz cessar com ela tributos, empregos, produtos e serviços, riquezas que são de extrema importância para desenvolver a sociedade como um todo e a economia do país.

Portanto, de fato é necessário uma interpretação do art. 49, §3º da lei 11.101/2005, no sentido de manter e preservar a empresa e sua continuidade. É importante saldar dívidas, mas ainda mais necessário é a manutenção da empresa em

³ Chagas, Edilson Enedino das. Direito empresarial esquematizado. 4ª edição. São Paulo, Saraiva, 2017. p. 836-837.

⁴ TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário. 10ª edição. São Paulo: Saraiva Jur, 2019, p. 70.

funcionamento, atingir os objetivos e preservar a função social que toda empresa carrega.⁵

É importante prestigiar os benefícios econômicos e sociais que uma empresa gera, seus produtos e riquezas de forma saudável. Os interesses dos credores devem ser observados, mas não superiores ao princípio da função social.

A recuperação judicial deve trazer igualdade entre os credores, onde todos usufruem dos ônus e bônus desse processo de recuperação da empresa, sendo o juiz parte essencial no controle processual, garantindo que a recuperação produza igualdade e atinja seus objetivos gerais, impedindo que direitos individuais se sobreponham aos demais credores.

Por mais que a lei proteja os créditos em garantia, o papel do juiz na recuperação, é garantir que os valores da coletividade de credores não sejam prejudicados em função da execução individual dos credores financeiros bancários, impedindo tanto o prosseguimento da atividade empresarial quanto o recebimento da coletividade.

É importante ressaltar que, o direito brasileiro prestigia seus institutos, e de forma mais intensa a função social deles, limitando a atuação de direitos individuais. A autonomia de vontade se vê prejudicada quando comparada ao coletivo. Confirmando este pensamento, preceitua o art. 187 do Código Civil de 2002, que para o exercício de um direito se pressupõe a observação da função social.

É um ato ilícito exercer seus direitos quando os mesmos excedem os limites impostos pela lei, seja para fim econômico ou social, ainda que de boa-fé. Portanto, de fato o legislador concedeu a possibilidade dos credores financeiros se excluírem dos efeitos da recuperação, porém, o exercício desse direito deve de antemão observar a função social que a empresa representa.⁶

⁵ Chagas, Edilson Enedino das. Direito empresarial esquematizado. 4ª edição. São Paulo, Saraiva, 2017. p. 742.

⁶ BEADLE, Eduardo. Trava bancária e recuperação judicial – priorizando o caráter em uma relação ética. TMA BRASIL, 2018. São Paulo. Disponível em: <http://www.tmabrasil.org/materias/artigos-de-associados/trava-bancaria-e-recuperacao-judicial-priorizando-o-carater-em-uma>. Acesso em 02 de Jun. de 2019.

6 DADOS SOBRE A RECUPERAÇÃO JUDICIAL NO BRASIL

No Brasil, muitas empresas recorrem a recuperação judicial para não fecharem as portas, medida muitas vezes tomadas para tentar sobreviver a crise sistemática vivida por muitas empresas.⁷

Dados de pesquisas revelam que o sucesso da recuperação judicial ainda é muito baixo. Uma pesquisa realizado pelo Serasa Experian, revelou que de 2005 a 2016, cerca de 3.522 empresas solicitaram a recuperação judicial, desse total, apenas 946 empresas encerraram seus processos. Desse total, 728 empresas tiveram a falência decretada e apenas 218 empresas lograram êxito e retornaram a ativa.⁸

A taxa de sucesso na recuperação judicial, revela que de todos os pedidos processados, apenas 23% logram êxito. Ou seja, a cada 4 pedidos, apenas 1 empresa consegue sobreviver ao modelo de recuperação aplicado hoje. Os outros 73,1% ainda estão em andamento, indeferidos ou convolados em falência.

Uma taxa de insucesso muito alta, onde a regra deveria ser exceção. Além disso, o tempo despendido nesse processo em uma média no Brasil, excedeu-se a 04 anos. Esses dados tem revelado uma ineficiência total do atual processo de recuperação e demonstrado a necessidade de mudança nos moldes atuais.

Outra pesquisa relevante, demonstra uma diminuição nos pedidos de recuperação , o que para os economistas revelam ainda mais a estagnação econômica no país mais prolongada e o medo de investir por parte de empresários.⁹

⁷ Chagas, Edilson Enedino das. Direito empresarial esquematizado. 4ª edição. São Paulo, Saraiva, 2017. p. 752.

⁸ Taxa de recuperação judicial é de 23% no Brasil. O Economista, 11 de out. de 2016. Disponível em: <https://www.oeconomista.com.br/taxa-de-sucesso-da-recuperacao-judicial-e-de-23-no-brasil/>. Acesso em 19 de jun. de 2019.

⁹ Recuperações judiciais caem 0,8% em 2018, ainda influenciadas pela lenta recuperação da economia, revela Serasa. Serasa Experian, 14 de jan. de 2019. Disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/sala-de-imprensa/recuperacoes-judiciais-caem-08-em-2018-ainda-influenciadas-pela-lenta-recuperacao-da-economia-revela-serasa>. Acesso em 23 de jun. de 2019.

| Análise: JAN a DEZ | | | |
|------------------------------------|-------------|-------------|-------------|
| Instrumento / Porte | jan-de z/16 | jan-de z/17 | jan-de z/18 |
| Falência Reque rida | 1.852 | 1.708 | 1.459 |
| Micro e Pequena Empresa | 994 | 910 | 781 |
| Média Empresa | 428 | 392 | 355 |
| Grande Empresa | 432 | 408 | 343 |
| Falência Decretada | 721 | 928 | 930 |
| Micro e Pequena Empresa | 492 | 632 | 640 |
| Média Empresa | 161 | 208 | 214 |
| Grande Empresa | 68 | 88 | 76 |
| Recuperação Jud. Requerida | 1.883 | 1.420 | 1.408 |
| Micro e Pequena Empresa | 1.134 | 860 | 871 |
| Média Empresa | 470 | 357 | 327 |
| Grande Empresa | 259 | 203 | 210 |
| Recuperações Jud. Deferida | 1.514 | 1.195 | 1.215 |
| Micro e Pequena Empresa | 890 | 675 | 739 |
| Média Empresa | 397 | 324 | 290 |
| Grande Empresa | 227 | 198 | 188 |
| Recup. Jud. Concedida | 470 | 614 | 606 |
| Recup. Extrajud. Requerida | 25 | 24 | 49 |
| Recup. Extrajud. Homologada | 15 | 34 | 49 |

10

Nesse contexto de avaliação, para os economistas da Serasa Experian, ao manter a média de pedidos de recuperação em 2018 e 2017, vai em contraponto à diminuição percebida nos pedidos de falências dos últimos 12 meses.

Em um ritmo de retomada econômica muito lento, abaixo das expectativas, tem impactado o desempenho empresarial como um todo, afeta os micros e pequenos empreendedores, retraem a iniciativa de novos negócios e aumentam consideravelmente as dificuldades financeiras enfrentadas pelas empresas, seja para vender, seja para conseguir empréstimos.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De um modo geral, podemos dizer que a pesquisa elucidou brevemente a necessidade de se observar os princípios da aplicação da recuperação judicial e seus pilares. Pautar pela sobrevivência da empresa e de seu papel social é um dever da justiça, na medida em que ele possa ser alcançado pelos meios legais.

¹⁰ Recuperações judiciais caem 0,8% em 2018, ainda influenciadas pela lenta recuperação da economia, revela Serasa. Serasa Experian, 14 de jan. de 2019. Disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/sala-de-imprensa/recuperacoes-judiciais-caem-08-em-2018-ainda-influenciadas-pela-lenta-recuperao-da-economia-revela-serasa>. Acesso em 23 de jun. de 2019.

A recuperação judicial deve ser aplicada assim como em seu conceito de origem, uma forma alternativa para que a empresa consiga honrar com suas obrigações e ainda ter “fôlego” para manter a atividade econômica.¹¹

Utilizar os meios que a recuperação oferece em sua essência para que o plano seja seguido é um grande ponto, já que pesquisas revelaram que a alternativa não tem sido utilizada de forma eficaz, e nos acende o alerta de que é preciso focar nesse processo, garantindo a maior eficácia do instituto e seus efeitos.

A trava bancária de fato, não traz benefícios a recuperação judicial e sua consequente expropriação não se torna legítima nesse processo, indo na contramão dos princípios que a norteiam, seja do sistema falimentar, seja o mais relevante, o da preservação da empresa.

De pronto, entendemos que o direito e seus institutos, são mutáveis e adaptáveis a cada situação imposta a eles e que por esse fato, devemos sempre primar em observar o princípio que aquele instituto visa proteger.

Partindo desse ponto, existe um Projeto de Lei 10.220/2018, que foi encaminhado ao Congresso e que está em tramitação desde maio de 2018, se aprovado, a proposta tem o objetivo de modernizar e melhorar a legislação referente às recuperações judicial e extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária, e alterando as leis vigentes 11.101/2005 e 10.522/2002.¹²

No caso em tela, a maior proteção que a recuperação judicial pressupõe, é a de que a empresa é um agente do Estado em produzir riquezas e gerar renda à população, agregando valores a sua comunidade local.

Por fim, entender que o pedido de recuperação é um processo delicado, exige de seus agentes a atenção e manutenção dos privilégios que visem a manutenção da empresa, não dos credores, respeitando seus parâmetros, aplicando sempre os princípios que norteiam o respectivo instituto.

¹¹ Chagas, Edilson Enedino das. Direito empresarial esquematizado. 4ª edição. São Paulo, Saraiva, 2017. p. 751.

¹² Falências e processos de recuperação judicial diminuíram 58% em março. Correio brasileiro, 02 de maio de 2019. Disponível em: https://www.correiobrasiliense.com.br/app/noticia/economia/2019/05/02/internas_economia,752647/falencias-e-processos-de-recuperacao-judicial-diminuiram-58-em-marco.shtml. Acesso em 23 de jun. de 2019.

REFERÊNCIAS

BEADLE, Eduardo. Trava bancária e recuperação judicial – priorizando o caráter em uma relação ética. TMA BRASIL, 2018. São Paulo. Disponível em: <http://www.tmabrasil.org/materias/artigos-de-associados/trava-bancaria-e-recuperacao-judicial-priorizando-o-carater-em-uma>. Acesso em 02 de Jun. de 2019.

Taxa de recuperação judicial é de 23% no Brasil. O Economista, 11 de out. de 2016. Disponível em: <https://www.oeconomista.com.br/taxa-de-sucesso-da-recuperacao-judicial-e-de-23-no-brasil/>. Acesso em 19 de jun. de 2019.

TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário. 10ª edição. São Paulo: Saraiva Jur, 2019, p. 70.

BRASIL. LEI Nº 11.101, DE 09 DE FEVEREIRO DE 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm

Chagas, Edilson Enedino das. Direito empresarial esquematizado. 4ª edição. São Paulo, Saraiva, 2017. p. 669.

Falências e processos de recuperação judicial diminuíram 58% em março. Correio brasiliense. 02 de maio de 2019. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2019/05/02/internas_economia,752647/falencias-e-processos-de-recuperacao-judicial-diminuiram-58-em-marco.shtml. Acesso em 23 de jun. de 2019.

DA DESPROPORCIONALIDADE NA EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS PARA A CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

OF DISPROPORTIONALITY IN THE REQUIREMENT OF NEGATIVE CERTIFICATE OF TAX DEBTS FOR THE CONCESSION OF JUDICIAL RECOVERY

Samantha Norberto Rodrigues de Carvalho¹

RESUMO

O presente artigo descreve em primeiro momento como se dá a normatização da exigência dos créditos tributários na Lei 11.101/2005. Em seguida há um comparativo da apresentação de certidões negativas de créditos tributários em relação a indisponibilidade de coisa pública com a previsão de parcelamento sem legislação específica. Adiante a exigência do condicionamento da concessão de recuperação judicial somente a empresas que apresentarem certidão negativa de débitos tributários segundo artigo 57 da Lei 11.101/2005. E concluindo-se com a apresentação do princípio da proporcionalidade, em que tal condicionamento mostra-se inviável e desproporcional ao analisar os princípios e institutos presentes na legislação da preservação da empresa.

Palavras-chave: Recuperação judicial, certidão negativa de débitos tributários, Lei 11.101/2005.

ABSTRACT

The present article describes in the first moment how the regulation of the requirement of the tax credits in Law 11.101 / 2005 is given. Below is a comparison of the presentation of negative certificates of tax credits in relation to the unavailability of public property with the forecast of installment without specific legislation. Next, the requirement of conditioning the judicial recovery concession only to companies that present negative certificate of tax debts according to article 57 of Law 11,101 / 2005. And concluding with the presentation of the principle of proportionality, where such conditioning proves unfeasible and disproportionate when analyzing the principles and institutes present in the legislation of the preservation of the company.

Keywords: Judicial recovery. negative certificate of tax debts. Law 11.101/2005.

¹ Aluna do curso de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

1 INTRODUÇÃO

A promulgação da Lei nº 11.101/05 provocou uma nova visão da legislação voltada para a solução das situações de crise econômica das empresas enquanto atividades econômicas organizadas, levando, inclusive, a alterações no CTN, realizadas por meio da Lei Complementar nº 118/05. Com esse novo diploma legal, o instituto da recuperação judicial muito mais moderno e eficiente, passou a substituir a concordata, que foi extinta.

A nova Lei reforçou princípios constitucionais previstos no art. 170 da Constituição Federal de 1988 e contemplou o ordenamento jurídico pátrio com princípios infraconstitucionais específicos do direito empresarial.

É cediço que esta nova lei ficou conhecida nacionalmente como Lei de Falências, ocorre que, tal nomenclatura, atualmente, se mostra indevida, tendo em vista que o objetivo da norma não é apenas traçar procedimentos e criar direitos de âmbito falimentar, extinguindo a atividade empresarial, e sim o oposto, tendo como verdadeiro escopo criar meios pelos quais a sociedade devedora possa se reorganizar e superar a crise, utilizando-se, para isso, do instituto da recuperação de empresas.

Destarte, seria mais correto então denominar o novel ordenamento como Lei de Recuperação de Empresas e Falências, pois, de fato, é este seu principal objetivo, como já citado, de promover meios para a superação da crise econômico-financeira da sociedade empresária economicamente viável.

Nesta seara, o presente trabalho, busca, mostrar que, embora a Lei 11.101/2005 seja uma das mais modernas em vigência no território nacional, e tenha sido tratada por grandes doutrinadores, desde sua criação, como a lei de recuperação de empresas e falências, ela prevê em seu art. 57, um requisito praticamente inalcançável para a concessão da recuperação judicial, que é condicionar a sociedade empresarial devedora à apresentação de certidões comprobatórias de regularidade fiscal da empresa, o que torna o acesso ao benefício quase que impossível, ante a falta de legislação federal própria para parcelamentos especiais aos devedores em recuperação judicial.

2 CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS NA LEI 11.101/2005

Uma das questões ainda objeto de controvérsia quanto ao objetivo do Plano de Recuperação Judicial de empresas, diz respeito ao passivo fiscal do empresário ou da sociedade empresária em crise.

Decorre que a Lei de Falências e Recuperação Judicial desencadeia várias controvérsias fomentadas na área do Direito Tributário e desde a edição da referida Lei no ano de 2005 se busca uma melhor resolução dessas questões na doutrina e jurisprudência.

Alguns dos dispositivos da “Lei de Falências” não se harmonizavam com os dispositivos do Código Tributário Nacional. Por esse motivo a Lei Complementar de nº 118/2005, foi simultaneamente sancionada com a Lei 11.101/2005. Dessa forma, para conferir validade ao art. 57 da Lei de Recuperação Judicial e Falências foi introduzido o art. 191-A ao Código Tributário Nacional, estabelecendo verdadeira garantia ao crédito tributário ao condicionar a concessão da Recuperação Judicial à apresentação de certidões negativas que comprovassem a regularidade fiscal da empresa.

E também para dar base legal competente ao art. 68 da Lei de Falências e Recuperação de Empresas, foram acrescentados os §§3º e 4º ao art. 155-A do Código Tributário Nacional, através da mencionada Lei Complementar de nº 118/2005, o art. 151, trazendo a possibilidade de edição de lei específica para o parcelamento dos créditos tributários do devedor em Recuperação Judicial. Essas alterações harmônicas, contudo, não eliminam todas as controvérsias existentes na prática da aplicação desses dispositivos.

2.1 Apresentação de certidões negativas de débitos tributários – indisponibilidade de coisa pública e previsão de parcelamento

Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembleia geral de credores ou não havendo objeção de credores no plano legalmente estabelecido, o devedor em seguida deverá obrigatoriamente apresentar as certidões negativas de débitos tributários para que haja a concessão da recuperação judicial, como

estabelecido no artigo 57 da Lei 11.101/2005 e reforçado a obrigação pelo artigo 191-A do CTN.

Infere-se assim que, os créditos tributários foram excluídos do rol de créditos que, existentes à data do pedido de Recuperação Judicial estariam sujeitos ao processo e submetidos à novação dos créditos constituída pelo Plano de Recuperação Judicial.

Isto se justifica, principalmente, em função da indisponibilidade do interesse público, que é inconciliável com o caráter contratual do Plano de Recuperação Judicial e as previsões de ajustes sobre o crédito.

Haja vista que o interesse público, especialmente os valores devidos ao fisco, não se encontram à disposição, sendo necessário manter-se fiel aos limites e possibilidades impostas pela lei.

O Plano de Recuperação Judicial apresentado pela empresa requerente aos credores trata-se de uma renegociação de dívida preexistente, em função da fraqueza econômico-financeira da devedora cumulada com o interesse dos credores de evitar a quebra da empresa e tentar recuperar o máximo que puder dos créditos que lhes são devidos.

Nesse traço, afirmam-se com as considerações trazidas no Livro 10 Anos de Vigência da Lei de Recuperação e Falência (Lei n. 11.101/2005):

O Plano é, numa visão externa à empresa, o meio pelo qual o devedor em crise apresenta aos credores sua compreensão da extensão desse seu estado deficitário e o modo pelo qual pretende convencê-los a colaborarem a superá-lo. Para os credores, o plano representa renegociação de contratos, com expectativas distintas consideradas a classe de cada crédito²

Assim, o Plano de Recuperação Judicial funciona como uma espécie de acordo entre credor e devedor sobre novas condições de pagamento de um crédito preexistente, gerando, em função da renegociação, a novação do crédito. Dentro dessa renegociação se depreende com as várias possibilidades de livres aviltamentos

² ABRÃO, Carlos Henrique; ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei (coordenadores). 10 Anos de Vigência da Lei de Recuperação e Falência (Lei n. 11.101/2005). São Paulo: Saraiva, 2015. Pág. 92

sobre a totalidade da dívida, dependendo apenas da aceitação da maioria dos credores.

Em razão do Princípio da Indisponibilidade do da Coisa Pública ou do Interesse Público é vedado ao administrador quaisquer atos que impliquem renúncia à direitos do Poder Público ou que injustificadamente onerem a sociedade.³

Corroborando com a afirmação de tais princípios, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro por exemplo, já construiu julgado em que afirma que o patrimônio público é indisponível, não podendo o agente fazer concessões não autorizadas em lei, de modo a frustrar a arrecadação de crédito efetivamente devido à Fazenda Pública.

Entende-se que somente a lei poderia estabelecer qualquer remissão ao crédito tributário devido por uma empresa. Por essa razão a Lei de Falências e Recuperação de Empresas de 2005 previu em seu artigo 68 a edição de uma “legislação específica” para disciplinar o parcelamento dos débitos fiscais da empresa em recuperação judicial.

Infere-se do supracitado artigo que:

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.⁴

Em conformidade com a previsão do art. 68 da Lei 11.101/2005, a Lei Complementar de nº 118/2005, sancionada conjuntamente, implementou a redação do art. 155-A ao Código Tributário Nacional. Veja-se:

Art. 155-A: O parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica. (...)

§ 3º Lei específica disporá sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial. § 4º A inexistência da lei específica a que se refere o § 3º deste artigo importa na

³ ALEXANDRINO, Marcelo. Vicente Paulo. Direito Administrativo Descomplicado – 19ª Ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, pág. 186.

⁴ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm> Acesso em: 20 jun. 2019.

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.⁵

Diante da situação peculiar como é tratada a preferência fiscal, a Lei 11.101/2005 trouxe essa previsão de parcelamento específico para os créditos tributários, porém, durante 10 anos, a legislação específica mencionada manteve-se apenas como pretensão.

Essa omissão legal trouxe diversas adversidades aos processos de Recuperação Judicial, isto, pois, sabe-se que o passivo fiscal é um dos grandes responsáveis pela crise econômico-financeira dos devedores em geral.

Assim afirma Marlon Tomazette:

A princípio, exige-se uma certidão que indique a ausência de débitos tributários por parte do devedor. Tal regra é de cumprimento muito difícil por parte do devedor, pois normalmente quem passa por uma crise possui débitos tributários em aberto.⁶

3 CONDICIONAMENTO DE CONCESSÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL A CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS: ARTIGO 57 DA LEI 11.101/2005

O artigo 57 da Lei 11.101/2005 fixa como condição para concessão da Recuperação Judicial a apresentação, pelo devedor, das certidões negativas de débitos fiscais, nos termos dos artigos 205 e 206 do Código Tributário Nacional.

Deve-se, contudo observar que o condicionamento da concessão da recuperação judicial à apresentação de certidão negativa existe tanto na Lei de Falências e Recuperação de Empresas quanto no Código Tributário Nacional.

Assim a Lei 11.101/ 2005 prevê:

Art. 57. Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembléia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos

⁵ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm.> Acesso em: 20 jun. 2019.

⁶ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. Vol. 1. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 218.

termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.⁷

Diante da interpretação literal do que estabelece o art. 57 da Lei de Falências e Recuperação de Empresas, a empresa teria que comprovar a sua idoneidade perante o fisco, através da certidão negativa de débitos, para poder receber a concessão do benefício da Recuperação Judicial.

Corroborado pelo artigo 191-A do Código Tributário Nacional:

Art. 191-A. A concessão de recuperação judicial depende da apresentação da prova de quitação de todos os tributos, observado o disposto nos arts. 151, 205 e 206 desta Lei. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)⁸

Como expresso no artigo 191-A essa prerrogativa observa o disposto no art. 205 também do Código Tributário Nacional. Vejamos:

Art. 205. A lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido.⁹

Examinando de forma prática, toda e qualquer empresa em crise econômico-financeira agravada por insolvência, principalmente aquelas que precisam recorrer ao judiciário em busca de ajuda, irão possuir um passivo tributário considerável.

Diante desse fator padrão e da previsão de edição de um parcelamento específico, desde a vigência da lei, esse requerimento não tem aplicação na prática. Isto, pois, normalmente, toda e qualquer empresa que recorre à Recuperação Judicial tem um passivo fiscal alto e não conseguiria apresentar as Certidões Negativas de Débitos Fiscais.

Nas primeiras recuperações as empresas não conseguiam apresentar a certidão negativa de débitos fiscais e isso vinha impedido a concessão da Recuperação Judicial, o que invalidaria, na prática, a aplicação da lei. Sendo assim,

⁷ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm.> Acesso em: 22 jun. 2019.

⁸ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm.> Acesso em: 22 jun 2019.

⁹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm.> Acesso em: 22 jun 2019.

os tribunais passaram a optar pela dispensa da apresentação dessa documentação, ao ponto em que tal entendimento foi pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça.

É entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça a dispensa da apresentação de Certidão Negativa de Débitos fiscais para concessão de Recuperação Judicial:

DIREITO EMPRESARIAL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXIGÊNCIA DE QUE A EMPRESA RECUPERANDA COMPROVE SUA REGULARIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 57 DA LEI N. 11.101/2005 (LRF) E ART. 191-A DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (CTN). INOPERÂNCIA DOS MENCIONADOS DISPOSITIVOS. INEXISTÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA A DISCIPLINAR O PARCELAMENTO DA DÍVIDA FISCAL E PREVIDENCIÁRIA DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. 1. O art. 47 serve como um norte a guiar a operacionalidade da recuperação judicial, sempre com vistas ao desígnio do instituto, que é "viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica". 2. O art. 57 da Lei n. 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. 3. O parcelamento tributário é direito da empresa em recuperação judicial 27 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. 4. Recurso especial não provido.¹⁰

Até o ano de 2013 tinha-se que nenhuma empresa em Recuperação Judicial, em todo o país, que obteve aprovação ao seu Plano de Recuperação Judicial, conseguiu obter a Certidão Negativa de Débitos fiscais. No cenário econômico-social brasileiro, negar a dispensa da certidão seria negar a própria Lei de Falências.

¹⁰ Recurso Especial nº 1.187.404 - MT (2010/0054048-4) - Relator: Ministro Luis Felipe Salomão - 19/06/2013.

Segundo Fátima Nancy Andrighi, Sidinei Beneti, Carlos Henrique Abrão:

Exigir certidões negativas como condição para conceder a Recuperação Judicial é o mesmo que sepultar de vez o novel instrumento normativo que veio à luz para substituir a antiga lei de falências e concordatas, a fim de se adequar à nova realidade econômica do país.¹¹

Supondo ainda que assim fosse aplicando-se o artigo 57 da Lei 11.101/2005 em sua literalidade, a não concessão da Recuperação Judicial diante da ausência de Certidões Negativas ou Certidões Positivas com efeito de Negativas, não surtiria nenhuma validade ao Plano de Recuperação Judicial devidamente aprovado em Assembleia pela maioria dos credores e restaria sem nenhum efeito o trabalho até então desenvolvido.

Ainda, tem-se o aspecto da lacuna da edição da regulamentação do parcelamento dos créditos tributários.

Então, suspendeu-se a exigência de Certidão Negativa de Débitos até que fosse editada a lei e estabelecido os procedimentos da situação dos créditos tributários na Recuperação Judicial. Nesse contexto, visando conferir operacionalidade a Recuperação Judicial, firmou-se o entendimento de que seria desnecessária a comprovação de regularidade tributária, nos termos do art. 57 da lei 11.101/2005 e do art. 191-A do Código Tributário Nacional, diante da inexistência de lei específica a disciplinar o parcelamento da dívida fiscal e previdenciária de empresas em Recuperação Judicial.¹²

Assim, o Superior Tribunal de Justiça, em decisão unânime da Corte Especial, estabeleceu que, enquanto não for editada lei específica sobre o parcelamento dos créditos tributários de devedores em recuperação judicial, não se aplicam o disposto nos artigos 57 da Lei n. 11.101/05 e do artigo 191-A do CTN, no sentido de exigir a prova da suspensão da exigibilidade do crédito tributário (RECURSO ESPECIAL Nº 1.187.404 – MT). Este mesmo entendimento foi

¹¹ Fátima Nancy Andrighi, Sidinei Beneti, Carlos Henrique Abrão (coordenadores). 10 anos de vigência da lei de recuperação e falência: (Lei 11.101/2005). São Paulo. Saraiva, 2015. Pág 435.

¹² STJ – Resp: 1173735 RN 2010/0003787-4, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de julgamento: 22/04/2014, Quarta Turma, Data de publicação DJ 09/04/2014.

exarado na I Jornada de Direito Comercial da Justiça Federal, em seu enunciado de nº 55, litteris:

55. 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 11.101/2005 e no art. 191-A do Código Tributário Nacional.¹³

Sérgio Campinho constata que:

Não tem sentido eliminar-se empresa viável, cuja aferição resulta da aprovação do Plano de Recuperação formulado pelo devedor e aceito por seus credores, pela simples ausência de apresentação de certidões negativas. É dever do Estado evitar o fim da atividade economicamente capaz de produzir dividendos sociais. Mais do que isso: é seu dever contribuir para a preservação dos agentes econômicos capazes e viáveis. Lamentável que nossa legislação não imponha ao Estado uma dose de sacrifício na recuperação, ficando ele incólume aos efeitos do Plano de Recuperação.¹⁴

4 DA NÃO APRESENTAÇÃO DAS CERTIDÕES EM DECORRÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Como já apresentado ocorre que nem sempre o devedor empresário consegue obter qualquer das certidões – certidão negativa de débitos e certidão positiva com efeitos de negativa – e normalmente tem dívidas tributárias altíssimas em razão da própria crise econômico- financeira.

Além do mais, nem sempre o devedor consegue a suspensão da exigibilidade dessas dívidas por não atender aos requisitos do parcelamento geral, uma vez que ainda não existe o parcelamento especial.

Pois bem, para uma parte da doutrina, é entendido que a não apresentação das certidões deverá conduzir ao indeferimento puro e simples do pedido formulado. Há ainda a sustentação de que a não apresentação das certidões deveria conduzir diretamente a decretação da falência, uma vez que representaria o descumprimento de um dos requisitos essenciais e legais para a concessão de recuperação judicial.

¹³Disponível em:<<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial>> Acesso em: 22 jun 2019.

¹⁴ CAMPINHO, Sérgio. Falência e recuperação de empresa: O novo regime da insolvência empresarial. 5ª Edição – Rio de Janeiro: Renovar, 2010. Pág 176/177.

Contudo, percebe-se claramente que a não apresentação das certidões de acordo com o objetivo da recuperação judicial e os princípios que a norteiam, não podem significar pura e simplesmente a decretação em falência, uma vez que falta previsão legal nesse sentido, uma vez que o artigo 73 da Lei 11.101/2005 não prevê expressamente a não apresentação de certidões como hipótese de convalidação da recuperação judicial em falência.

Há outra linha doutrinária que prevê a dispensa de tais certidões, isto é, a não apresentação das certidões não tem quaisquer consequências, não devendo ser fator impeditivo da recuperação judicial. Nessa linha, diz-se que a apresentação das certidões é dispensada em razão do sistema e dos objetivos da Lei de Falência, sendo tal exigência não razoável, ilegítima e desproporcional, devendo ser afastada.

Em casos por exemplo como na recuperação judicial da Empresa Parmalat, o magistrado da causa dispensou a apresentação da certidão tributária de nada consta justificando na violação ao princípio da proporcionalidade e aos princípios também da própria recuperação judicial.

No caso da Empresa Bombril, o magistrado também entendeu que não deveria exigir certidão negativa fiscal por não haver ainda regulamentação no que diz respeito ao parcelamento de créditos tributários.

De fato, é irrazoável o fisco exigir do empresário devedor alguma coisa enquanto sua parte não for cumprida, pois não há sequer movimentação no sentido de criação de um parcelamento especial para os devedores em recuperação judicial. O Estado deve se posicionar de forma positiva ao colaborar com as recuperações judiciais empresárias, e não criar obstáculos.

Segundo Edilson Enedino:

A norma é desproporcional ao sacrifício que se impõe aos demais credores na recuperação judicial, além de contrariar o princípio da preservação da empresa. O Estado deveria ser o mais interessado agente econômico a promover a recuperação da empresa, ante os diversos benefícios sociais e econômicos advindos de sua atividade. Ao contrário disso, o Estado-fisco exige seu crédito como pressuposto à concessão da recuperação judicial, fazendo tal exigência após o devedor

empresário ter conseguido convencer os demais credores e ter aprovado seu plano de recuperação judicial.¹⁵

O princípio da proporcionalidade decorre de sede constitucional e por tal motivo deve pautar toda a atuação estatal desde a criação das leis regulamentadoras até a aplicação e atuação concreta principalmente em sede de restrição de direitos.

Assim afirma Vitalino Canas:

O princípio do Estado de Direito tem último escopo a realização da justiça material e esta, embora não possa ser materialmente definida à partida, pode ser interpretada como exigindo, do ponto de vista formal, a ponderação ou contrapeso de todos os interesses, públicos e privados, afectados pela concreta decisão estatal. E a ponderação ou contrapeso de interesses do fará sentido se a decisão estatal se revelar adequada e necessária para a prossecução ou satisfação de certos interesses.¹⁶

Tal princípio tem seu desdobramento em três outros princípios basilares. O princípio da adequação conjuntamente inferido, tem-se que a medida adotada deve ser apta a atingir finalidade desejada, ao passo de que a exigência de certidões não está condizente para se atingir os objetivos perquiridos na recuperação judicial, pois na falência os créditos fiscais estão em terceiro lugar na quadro geral de credores, e com a não continuação da atividade empresarial, os riscos de não recebimento são muito maiores.

O princípio da necessidade e da exigibilidade que em resumo significa que a atuação do Estado deve promover maior eficácia com menor sacrifício de deveres. Assim, corroborando para a desproporcionalidade, a exigência de certidões também não se faz necessária, na medida em que o fisco continua a possuir meios próprios de satisfazer seus créditos, não caindo na hipótese de suspensão, e a eventual decretação de falência é medida mais grave, com menos benefícios gerados, não devendo prevalecer.

E por fim, o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, onde a atuação do Estado deve ser sempre ponderada, suscintamente e claramente explica sua prevalência o J.J. Gomes Canotilho:

¹⁵ CHAGAS, Edilson Enedino das Direito empresarial esquematizado® / Edilson Enedino das Chagas. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. (Coleção esquematizado® / coordenador Pedro Lenza).

¹⁶ CANAS, Vitalino. O princípio da proibição do excesso na Constituição. Coimbra, 1997, v.2, p.335.

Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de medida ou desmedida para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.¹⁷

Tendo em vista assim que não é proporcional a exigência das certidões como meramente exigência de requisito, uma vez que mostra-se claramente desproporcional e conseqüentemente inconstitucional.

5 CONCLUSÃO

Conclui-se a partir do presente artigo, que a Lei 11.105/2005 deixou lacunado a questão da exigência de certidões negativas de créditos tributários, uma vez que sua exigência de criação de norma específica não pode ser considerado fator prejudicial ao empresário devedor que está em busca de recuperar legal e formalmente sua empresa.

Na hipótese de recuperação judicial, a pura e simples exigência de certidão negativa de tributo não atende a nenhum dos princípios abarcados por tal instituto, mostrando claramente desproporcional.

O fisco não é participante no acordo de recuperação judicial, além de não ter suas execuções fiscais e tributárias suspensas e de forma nenhuma acaba por ser prejudicado pelo andamento da recuperação judicial, pois não há nenhuma necessidade de se resguardar o pagamento de créditos fiscais na recuperação judicial em detrimento da falência da empresa.

Essa exigência da lei falimentar sempre mereceu críticas da doutrina especializada, sobretudo porque o passivo tributário do devedor que pede recuperação judicial é muitas vezes uma das razões de sua crise.

Portanto, uma vez aprovado o plano de recuperação pela assembleia geral de credores ou decorrido o prazo legal sem objeção de qualquer credor ao plano apresentado, a lei de regência exige o cumprimento de um dos três requisitos alternativos: (a) apresentação das certidões negativas de tributos; (b) exibição das

¹⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 2. Ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 263.

certidões positivas de tributos com efeito de negativa; (c) obtenção de parcelamento de créditos tributários de conformidade com as normas do CTN.

Se há três requisitos alternativos, na faltante a lei específica de parcelamento de todos os créditos tributários do devedor em recuperação judicial, consoante a previsão do § 3º, do art. 155-A do Código Tributário Nacional, não pode o juiz fazer recair a exigência legal sobre a primeira das alternativas.

Conclui-se, portanto, que enquanto não existir leis específicas nas três esferas políticas possibilitando os parcelamentos de débitos tributários das empresas sob recuperação judicial na forma prevista no art. 68 da lei de regência impõe-se a concessão da recuperação judicial sempre que o respectivo plano tiver sido aprovado pela assembleia geral dos credores ou inexistir impugnação tempestiva de qualquer credor.

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Carlos Henrique; ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei (coordenadores). 10 Anos de Vigência da Lei de Recuperação e Falência (Lei n. 11.101/2005). São Paulo: Saraiva, 2015. Pág. 92.
- ALEXANDRINO, Marcelo. Vicente Paulo. Direito Administrativo Descomplicado – 19ª Ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, pág. 186.
- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Direito Empresarial IV. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CAMPINHO, Sérgio. Falência e recuperação de empresa: O novo regime da insolvência empresarial. 5ª Edição – Rio de Janeiro: Renovar, 2010. Pág 176/177.
- CANAS, Vitalino. O principio da proibição do excesso na Constituição. Coimbra, 1997, v.2, p.335.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 2. Ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 263.
- CHAGAS, Edilson Enedino das Direito empresarial esquematizado® / Edilson Enedino das Chagas. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. (Coleção esquematizado® / coordenador Pedro Lenza).
- COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas: (Lei n. 11.101, de 9-2-2005). São Paulo: Saraiva, 2009.

Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial.>>. Acesso em: 22 jun 2019.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm> Acesso em: 20 jun. 2019.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm> Acesso em: 22 jun 2019.

Fátima Nancy Andrichi, Sidinei Beneti, Carlos Henrique Abrão (coordenadores). 10 anos de vigência da lei de recuperação e falência: (Lei 11.101/2005). São Paulo. Saraiva, 2015. Pág 435.

Recurso Especial nº 1.187.404 - MT (2010/0054048-4) - Relator: Ministro Luis Felipe Salomão - 19/06/2013.

STJ – Resp: 1173735 RN 2010/0003787-4, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de julgamento: 22/04/2014, Quarta Turma, Data de publicação DJ 09/04/2014.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. Vol. 1. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 218

RECUPERAÇÃO JUDICIAL ESPECIAL PARA MICROEMPREENDEDORES INDIVIDUAIS, MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

*THE SPECIAL JUDICIAL REORGANIZATION FOR INDIVIDUAL
MICROENTREPRENEUR, MICRO-ENTERPRISE AND SMALL
BUSINESSES*

Vladimir Gomes Chagas¹

RESUMO

O Objetivo do trabalho é analisar o procedimento de recuperação judicial, com o foco nas micro e pequenas empresas. O trabalho será realizado com base na legislação vigente no ordenamento jurídico brasileiro e levará em consideração um estudo doutrinário e jurisprudencial. Inicialmente, serão feitas algumas considerações sobre a importância das pequenas empresas na economia do país. Em seguida, serão feitas algumas análises sobre as definições das microempresas e empresas de pequeno porte. Além disso, serão tecidas observações sobre o tratamento especial conferido às ME e EPP. Além disso, será feito um exame do procedimento de recuperação judicial especial. Em sequência será feita uma conclusão a fim de apurar a adequação do procedimento de recuperação judicial especial às ME e EPP. Ao final, o estudo indica que a sistemática da recuperação judicial especial é simples e dinâmica, mas se faz necessárias alterações nos seus pressupostos para estender a sua viabilidade à um universo maior de pequenos empreendedores.

Palavra-chave: Recuperação Judicial Especial, Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, Preservação da Empresa

ABSTRACT

The objective of this paper is to analyze the judicial reorganization, focusing on micro and small companies. The work will be carried out based on the legislation in force in the Brazilian legal system and will take into account a doctrinal and jurisprudential study. Initially, some considerations will be made about the

¹ Advogado, Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – Faculdade de Ciência Jurídica e Sociais (2017). Atualmente é aluno do curso de pós-graduação *lato sensu* do Centro Universitário de Brasília/ICPD. E-mail: vladimir_chagas@hotmail.com.

importance of the small enterprise in the country's economy. Next, some analysis will be done on the definitions of micro and small enterprises. In addition, comments will be made on the special treatment accorded to ME and EPP. In addition, an examination of the special judicial reorganization procedure will be done. In sequence, a conclusion will be reached to ascertain the appropriateness of the special judicial reorganization for ME and EPP. In the end, the study indicates that the system of special judicial reorganization is simple and dynamic, but changes are necessary in its assumptions to extend its viability to a larger universe of small entrepreneurs.

Keywords: Judicial Reorganization, Micro-Enterprise and Small Businesses, Company Preservation.

1 INTRODUÇÃO

Segundo os dados do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – Sebrae, as microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) representam aproximadamente 98,5% do total de empresas privadas existentes no país, as quais são responsáveis por cerca de 27% do PIB e pela produção de 54% dos empregos formais existentes no Brasil. Nota-se, portanto, a importância dessas empresas para a movimentação da economia no país.²

Apesar da importância das pequenas empresas para o fomento econômico do país, bem como, pelas suas contribuições na produção e circulação de bens e serviços para as economias locais e regionais, verifica-se que esses pequenos empreendimentos possuem grandes dificuldades para sobreviver e ascender no mercado³.

Outro estudo realizado pelo SEBRAE, em 2013, demonstra que 24,4% das micro e pequenas empresas encerram as atividades antes de completar dois anos de

² SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS-SEBRAE. **Perfil das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.** Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/ro/artigos/perfil-das-microempresas-e-empresas-de-pequeno-porte-2018,a2fb479851b33610VgnVCM1000004c00210aRCRD>>. Acesso em 13 de junho de 2019.

³ SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS-SEBRAE. **Entenda o motivo do sucesso e do fracasso das empresas.** Estudo de mercado. Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/sp/bis/entenda-o-motivo-do-sucesso-e-do-fracasso-das-empresas,b1d31ebfe6f5f510VgnVCM1000004c00210aRCRD?origem=estadual&codUf=26>>. Acesso em 19 de junho de 2018.

existência. O estudo ainda demonstra que esse percentual chega a 50% ao tratar das empresas com menos de quatro anos de atividade⁴.

Feitas essas considerações, observa-se que a legislação brasileira tem dado atenção para o desenvolvimento das atividades das micro e pequenas empresas, conferindo-lhes um tratamento diferenciado. Trata-se de um objetivo para incentivar a livre iniciativa e garantir que esses empreendimentos se mantenham no mercado, junto com as grandes empresas.

Vale lembrar que ao versar sobre o fechamento ou sobre a sobrevivência de empresas, seria indispensável fazer algumas observações sobre o instituto da recuperação judicial e da falência. Afinal, a recuperação judicial é uma relevante ferramenta para a conservação e soerguimento da atividade empresarial. No entanto, constata-se que, apesar de útil, esse instituto judicial é complexo, muitas das vezes é inacessível ou muito oneroso para os pequenos empresários. Nota-se ainda que, do levantamento de dados realizado pelo SEBRAE, os empreendedores das ME e EPP trabalharam em média de 10 a 11 anos na informalidade, ou seja, sem o registro da empresa⁵. Assim, se muitas das pequenas empresas não possuem sequer o registro, torna-se ainda mais árdua a possibilidade desses empreendimentos fazerem o uso de um instituto complexo, como o da recuperação judicial, que demanda uma séria de formalidades.

Apesar da complexidade, muitos pequenos empresários conseguem fazer o uso do instituto da recuperação judicial. Com base em dados relativos ao primeiro semestre do ano de 2019, conforme pesquisa realizada pela Boa Vista Serviços, verifica-se que, dos pedidos de recuperação judicial, 92,8% deles foram realizados por pequenas empresas, 6,3% por médias empresas e apenas 0,8% por grandes empresas. Das recuperações judiciais deferidas, extrai-se que 91,4% dos casos

⁴ SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS-SEBRAE. **Entenda o motivo do sucesso e do fracasso das empresas.** Estudo de mercado. Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/sp/bis/entenda-o-motivo-do-sucesso-e-do-fracasso-das-empresas,b1d31ebfe6f5f510VgnVCM1000004c00210aRCRD?origem=estadual&codUf=26>>. Acesso em 19 de junho de 2018.

⁵ SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS-SEBRAE. **Perfil das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.** Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/ro/artigos/perfil-das-microempresas-e-empresas-de-pequeno-porte-2018,a2fb479851b33610VgnVCM1000004c00210aRCRD>>. Acesso em 13 de junho de 2019.

correspondem ao das pequenas empresas, 7,4% das médias e 1,2% das grandes empresas.⁶

Acredita-se que a recuperação judicial especial, voltada especificamente para os micros e pequenos empresários, tem facilitado o acesso ao instituto da recuperação para essas empresas. Logo, evidencia-se a importância do tratamento diferenciado para a manutenção das pequenas empresas no mercado.

Nesse contexto, será feita uma análise sobre as microempresas e empresas de pequeno porte, bem como, das legislações que beneficiam esse tipo empresarial. Será feito ainda uma análise sobre o procedimento de recuperação judicial especial, o qual é voltado especificamente para as microempresas e empresas de pequeno porte. Ao final, serão feitas algumas observações sobre a adequação da recuperação judicial especial à realidade das micro e pequenas empresas.

2 DA IMPORTÂNCIA E DEFINIÇÃO DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

Observa-se que as pequenas empresas possuem um papel fundamental na economia do País, afinal, elas constituem a maior parte do setor privado brasileiro e são responsáveis por gerar mais da metade dos empregos formais existentes, por consequência também são responsáveis por grande parcela da arrecadação de impostos, os quais são convertidos em infraestruturas, serviços e políticas públicas que beneficiam a sociedade. Além disso, há de destacar a contribuição do fomento econômico que essas empresas desempenham no mercado com o aperfeiçoamento e a circulação de produtos e serviços, ao desempenharem a livre iniciativa e a livre concorrência. Seria imprescindível relacionar o papel e a contribuição das pequenas empresas aos princípios norteadores da ordem econômica previstos no inciso IV do art. 1º e art. 170 da CF⁷. Confira-se:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal,

⁶ BOA VISTA SCPC. **Pedidos de falência caem 19,4% no 1º trimestre**. 04, de abril de 2019. Disponível em: <<https://www.boavistaservicos.com.br/noticias/pedidos-de-falencia-caem-194-no-1o-trimestre/>>. Acesso em 15 de junho de 2019.

⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 16 de junho de 2019.

constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

[...]

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Como é possível constatar, tamanha é a importância das empresas de pequeno porte que o próprio texto constitucional fez contar, no inciso IX do art. 170, disposição sobre tratamento diferenciado para essas empresas. A referida previsão constitucional traz subsídios legais para estimular a livre iniciativa e a manutenção dos pequenos empreendimentos, o que irá se traduzir numa melhor capacidade dessas atividades empresariais de sobreviverem no mercado.

No próximo tópico tratar-se-á de forma mais aprofundada desses subsídios legais, os quais encontram como respaldo o inciso IX do art. 170 da CF. Por ora, passa-se a análise de como a legislação brasileira define os microempreendedores individuais as microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP).

A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006⁸ traz a definição de Microempresas (ME) ou Empresas de Pequeno Porte (EPP) em seu artigo 3º.

⁸ BRASIL. **Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006**. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm > acesso em 15 junho 2019.

Enquadram-se como ME e EPP as formas de sociedades empresariais constituídas por uma ou mais pessoas⁹, na forma de sociedade simples, empresa individual de responsabilidade limitada, ou ainda, como empresário na forma do art. 966 do Código Civil¹⁰. Esclareça-se que independente da forma empresária, o texto legal traz como requisito a devida inscrição no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

Consoante o §1º do art. 3º da LC 123/06, enquadra-se e diferencia-se a ME e EPP conforme a receita bruta, da qual se considera o produto resultante da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, excluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos. Ainda se leva em consideração, para fins de apuração da receita bruta, o período abrangido pelo ano-calendário (1º de janeiro a 31 de dezembro). Apura-se de forma proporcional se a atividade empresarial não for iniciado em 1º de janeiro.

De acordo com o inciso I do art. 3º da Lei Complementar 123/06, será considerada microempresa (ME) se a atividade empresarial auferir em cada ano-calendário a receita bruta de até R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta e seis mil reais).

A empresa de pequeno porte (EPP), nos termos do inciso II do art. 3º da LC 123/06, será aquela cuja atividade empresarial auferir em cada ano-calendário a receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta e seis mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

Em consonância com o § 1º do art. 18-A da LC 123/06, considera-se Microempreendedor Individual (MEI), o empresário enquadrado na forma do art. 966 do CC, cuja atividade empresária aufera no ano-calendário a receita bruta de até R\$ 81.000,00 (oitenta e um mil reais).

⁹ Dada a inclusão do parágrafo único no art. 1.052 do CC, pela Medida Provisória nº 881, de 2019, a Sociedade Limitada pode ser constituída por sócio único. Essa nova forma societária não se confunde com empresa individual de responsabilidade limitada a que se refere o art. 980-A.

¹⁰BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>acesso em 01 maio 2019.

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

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

Uma vez definido os critérios adotados pela legislação brasileira para conceituar as microempresas, empresas de pequeno porte e até mesmo o microempreendedor individual, analisa-se, no próximo tópico, os benefícios e o tratamento diferenciado que são conferidos por lei à esses tipos empresariais. Ademais, também se tratará das especificidades para a propositura da recuperação judicial para essas empresas.

3 DOS BENEFÍCIOS E TRATAMENTO ESPECIAL PARA ME E EPP

Como se verificou anteriormente, a Constituição Federal estatuiu que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem como fim assegurar a todos a existência digna conforme os ditames da justiça social. Com base nesta premissa relacionada a uma função social da empresa e com escopo de garantir o desenvolvimento e a manutenção da atividade do pequeno empreendedor, a Carta Magna ainda trouxe princípio relacionado ao tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede e administração no País (art. 170, Inc. IX da CF)¹¹.

A Constituição Federal ainda prevê em seu art. 146-A que a Lei Complementar poderá adotar critérios especiais de tributação para prevenir desequilíbrios da concorrência, o que se aplica perfeitamente às condições das empresas de pequeno porte. O art. 179 do Diploma Constitucional também dispõe que os entes da Federação dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte tratamento jurídico diferenciado, com o escopo de incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução dessas obrigações por meio de lei¹².

A rigor da constituição, as legislações infraconstitucionais delimitaram e trataram sobre o assunto. Ao exemplo do Código Civil, tem-se que em seu art. 970 é assegurado o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes. O artigo em questão é

¹¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 16 de junho de 2019.

¹² TOMAZZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. V. 6. p. 271.

mencionado junto ao disposto no § 2º do art. 1.179 do Diploma Civil, o qual dispensa ao pequeno empresário a exigência da escrituração contábil. Com base no art. 68 da LC nº 123/06, o pequeno empresário, a que se refere o art. 970, é compreendido pela figura do Microempreendedor Individual (MEI), definido pelo § 1º do art. 18-A.

Logo, ao MEI é dispensada a feitura da escrituração contábil, não lhe sendo exigível a contratação de profissional contábil, bastando-lhe o preenchimento de formulários simplificados com a descrição do total de suas receitas. Tal medida reduz os gastos com obrigações acessórias que acabam por onerar e desestimular o empreendedor, ademais, a medida simplifica a forma como o empresário administra os seus negócios.

A Lei Complementar 123/06, por sua vez, registra em seu artigo 1º como se dá o tratamento diferenciado e favorecido às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. O benefício da Lei refere-se:

I - à apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias;

II - ao cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias, inclusive obrigações acessórias;

III - ao acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão.

IV - ao cadastro nacional único de contribuintes a que se refere o inciso IV do parágrafo único do art. 146, in fine, da Constituição Federal.

Parágrafo único. A lei complementar de que trata o inciso III, d, também poderá instituir um regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observado que:

IV - a arrecadação, a fiscalização e a cobrança poderão ser compartilhadas pelos entes federados, adotado cadastro nacional único de contribuintes.

Embora a conceituação da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte esteja atrelada a receita bruta auferida no desempenho da atividade empresarial, destaca-se que o § 4º do artigo 3º da LC 123/06 estabelece alguns critérios de exceção à

aplicação de tratamento diferenciado relacionado ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, denominado de Simples Nacional (art. 12 da LC nº 123/06).

A Lei de Falências e Recuperação Judicial também faz uma série de previsões quanto ao tratamento diferenciado para as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, que ora podem figurar como credoras ou devedoras.

Na condição de credoras, no que diz respeito à classificação dos créditos, o inciso IV do art. 83 da Lei 11.101/05, classifica os créditos em favor dos microempreendedores individuais, das microempresas e empresas de pequeno porte como de privilégio especial, o que os colocam à frente dos créditos quirografários. Dessa forma, já se verifica um tratamento diferenciado para essas empresas na ordem de pagamento dos créditos nas falência e recuperação judicial.

Quanto a composição do Comitê de Credores, poderá haver 1 (um) representante indicado pela classe de credores representantes de microempresas e empresas de pequeno porte, com 2 (dois) suplentes (art. 26, IV da Lei 11.101/05). As atribuições do Comitê de Credores estão elencadas pelo art. 27 da Lei 11.101/05, mas destaca-se que as microempresas e empresas de pequeno porte, como uma classe em específico, poderão fiscalizar a recuperação judicial ou falência do devedor, bem como, defender seus interesses.

As microempresas e empresas de pequeno porte, na condição de devedoras, já no pedido inicial da propositura da Recuperação Judicial poderão prestar livros e escrituração contábil simplificados, conforme disposição nos § 1º e §2º do art. 51 da Lei 11.101/05 – Lei de Recuperação e Falências¹³.

Quanto à fixação e a forma de pagamento da remuneração do administrador, tem-se que para as microempresas e empresas de pequeno porte, a referida despesa ficará reduzida ao limite de 2% (dois por cento) do valor devido aos credores submetidos à recuperação judicial, ou, do valor de venda dos bens da falência, consoante ao disposto nos § 1º e § 5º do art. 24 da Lei 11.101/05.

¹³BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm> acesso em 01 maio 2019.

Nota-se ainda disposição específica quanto ao parcelamento dos créditos das Fazendas Públicas e do Instituto Nacional do Seguro Social-INSS. O art. 68 da Lei 11.101/05 estabelece que as empresas ou empresários, em sede de recuperação judicial e de acordo com os parâmetros estabelecidos na Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966- CTN, podem requerer diretamente às Fazendas Públicas e ao INSS o parcelamento da dívida. As Microempresas e Empresas de Pequeno Porte farão jus a prazos 20% (vinte por cento) superiores àqueles regularmente concedidos às demais empresas (P. Único do art. 68 da Lei 11.101/05).

Por fim, a Lei 11.101/05 especificou a Seção V do Capítulo de Recuperação Judicial para as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte¹⁴. Os artigos 70,71 e 72 tratam do Plano de Recuperação Judicial para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. Em suma, essas empresas têm a faculdade de optar por uma plano de recuperação especial, o qual dispensa a sua aprovação em assembléia geral de credores. Consequentemente o plano será imposto, nos termos da Lei, para todos os credores. Tem-se que a sistemática especial contribui para diminuição dos riscos de convalidação da recuperação judicial em falência¹⁵.

Feitas as considerações sobre os benefícios e os tratamentos especiais conferidos por lei aos microempreendedores, às microempresas e às empresas de pequeno porte, o próximo tópico cuidará dos procedimentos da Recuperação Judicial para essas empresas/empresários.

4 DO PROCEDIMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL PARA MICROEMPREENDEDORES, MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

4.1 Dos pressupostos e dos requisitos

Salienta-se, inicialmente, sobre a lógica do princípio da preservação da empresa. Em que pese a sistemática da recuperação judicial especial possa ser de certo modo uma rigorosa intervenção judicial nas relações privadas, o instituto

¹⁴ MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas** - Direito Empresarial Brasileiro, 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 175.

¹⁵ CHAGAS, Edilson Enedino das. **Direito Empresarial Esquemático**. 4ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1.136.

encontra pleno respaldo com os princípios constitucionais associados à ordem econômica a que se refere o art. 170 da CF, os quais revestem a atividade empresária com certa importância social. Assim, a recuperação judicial é a medida pela qual se busca a superação da crise econômico-financeira para garantia da manutenção dos postos de trabalho e da própria atividade empresária que contribui para geração e circulação de recursos econômicos. Feita essas observações, tem-se que o art. 47 da Lei 11.101/05 define com clareza o princípio da conservação da empresas, confira-se:

A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômica-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Por se tratar de uma meio excepcional e interventivo nas relações privadas, o procedimento de recuperação judicial traz uma série de pressupostos e requisitos que tornem justificável o uso desse instituto, os quais estão elencados pelos artigos 48 e 51 da Lei 11.101/05¹⁶. Destaca-se que os pressupostos e os requisitos são praticamente os mesmos tanto para o regime ordinário quanto no regime especial da recuperação judicial. A diferenciação de procedimentos para o MEI, a ME e a EPP relaciona-se, apenas, à faculdade de adesão pelo plano de recuperação judicial especial de que tratam os arts. 70 e seguintes da Lei 11.101/05.

Ao teor do art. 48 da Lei 11.101/05, para que o empresário possa requerer a recuperação judicial, o devedor deve exercer regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e deve cumprir, cumulativamente os requisitos previstos nos incisos I, II, III e IV do referido artigo. Confira-se:

I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;

II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;

III - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;

¹⁶ CHAGAS, Edilson Enedino das. **Direito Empresarial Esquemático**. 4ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1.135.

IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

Há de destacar que quando a Lei regula que a empresa/empresário deve exercer regularmente a atividade empresarial há mais de 2 (dois) anos, deve obrigatoriamente estar registrada(o) no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas durante esse período¹⁷.

O disposto no art. 51 da Lei 11.101/05 versa sobre os requisitos da petição inicial da recuperação judicial. De forma geral, o devedor deverá demonstrar a sua situação patrimonial e os motivos da crise econômico-financeira, deverá ainda apresentar a relação de credores, a documentação contábil, documentos de registros e informações sobre a empresa¹⁸. Segue abaixo a transcrição dos requisitos exigidos pela Lei:

I – a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira;

II – as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de:

- a) balanço patrimonial;
- b) demonstração de resultados acumulados;
- c) demonstração do resultado desde o último exercício social;
- d) relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção;

III – a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente;

IV – a relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento;

V – certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores;

¹⁷ TOMAZZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 6. p. 89-90.

¹⁸ TOMAZZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 6. p. 274.

VI – a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor;

VII – os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras;

VIII – certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial;

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

Vale lembrar que o § 2º do art. 51 registra que as microempresas e empresas de pequeno porte poderão apresentar livros e escrituração contábil simplificados. Ademais, destaca-se que para o microempreendedor individual (MEI) o § 2º do art. 1.179 do CC torna ainda mais simplificada a documentação que deverá ser apresentada junto ao pedido inicial de recuperação judicial¹⁹.

Por força do § 1º do art. 70 da Lei 11.101/05, deverá o MEI, ME ou EPP apresentar logo na petição inicial a sua opção pelo plano especial de recuperação judicial. Destaca-se que, na omissão quanto a escolha pela opção do plano especial, a recuperação se processará na sua forma ordinária, de modo que se fará necessário apresentar o plano de recuperação nos termos dos arts. 50, 53 e 54 da Lei 11.101/05, e que, obrigatoriamente, estará sujeito a deliberação da assembléia geral de credores para sua aprovação.

Salienta-se que, uma vez deferido o processamento da recuperação judicial, dada a redação do artigo 52, § 4º da Lei 11.101/05, o devedor não poderá desistir do pedido de recuperação judicial, salvo se obtiver a aprovação da desistência na assembléia-geral de credores²⁰. Assim, reforça-se mais uma vez que, se o devedor não prever expressamente pela opção do plano especial antes do deferimento do processamento da recuperação judicial, irá se vincular ao procedimento da recuperação judicial ordinária.

¹⁹ MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas** - Direito Empresarial Brasileiro, 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 175

²⁰ MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas** - Direito Empresarial Brasileiro, 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.p. 175.

4.2 Do deferimento do processamento da recuperação judicial

Cumprido os requisitos a que estabelece o art. 51 da Lei 11.101/05, o juiz irá deferir o processamento da recuperação judicial. Tem-se que os efeitos dessa decisão aplicam-se tão somente aos credores abrangidos pela recuperação judicial. Logo, não há que se falar na suspensão da execução de crédito e/ou da prescrição de direito de credores não contemplados pelo plano de recuperação judicial especial²¹. Registra-se ainda que, do mesmo ato que deferir o processamento da recuperação judicial, o juiz irá:

- Nomear o administrador judicial (art. 52, Inc. I);
- Determinar a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observando o disposto no art. 69 da Lei 11.101/05(art. 52, Inc. II);
- Determinar que o devedor apresente as contas demonstrativas mensais enquanto perdurar a recuperação judicial, sob pena de destituição de seus administradores (art. 52, Inc. IV);
- Ordenar a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento (art. 52, Inc. V).

A relação de credores apresentada pelo devedor será publicada junto com a decisão que deferir o processamento da recuperação judicial²², da qual os credores serão advertidos acerca do prazo de 15 (quinze) dias para, nos termos do § 1º do art. 7º da LREF, apresentarem ao administrador judicial suas habilitações ou suas divergências quanto aos créditos relacionados. O administrador judicial consolidará uma nova versão da relação de credores e, após o prazo do § 1º do art. 7º, fará publicar o edital com a referida relação, no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias.

Ao final do prazo de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferiu o processamento da recuperação judicial, o administrador judicial terá conferido a relação de credores apresentada pelo devedor e a reapresentará com eventuais

²¹ TOMAZZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 6. p. 274.

²² TOMAZZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 6. p. 274.

alterações. Essas alterações poderão decorrer da análise da documentação apresentada junto ao pedido inicial ou dos pedidos de habilitação/divergência dos credores.

Dada a redação do art. 53 da Lei 11.101/05, após a publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, o devedor deverá apresentar o plano de recuperação no prazo improrrogável de 60 (sessenta dias). Conforme estipulado pelo art. 71 da LREF, esse prazo também se aplica para a apresentação do plano de recuperação especial para ME e EPP. Destaca-se que a não apresentação do plano de recuperação judicial no prazo estipulado pela Lei importará na convalidação em falência (art. 73, Inc. II da Lei 11.101/05).

4.3 Do plano de recuperação judicial especial

É importante destacar que o procedimento de recuperação ordinário exige, em alguns casos, tempo, negociações, estudos e análises mais aprofundadas sobre a situação da empresa e do mercado, o que, além da contratação de consultoria e serviços jurídicos especializados em recuperações judiciais, exigiria do empresário a contratação de serviços de consultoria em administração, gestão, contabilidade, marketing e outros serviços técnicos para a elaboração de um plano de recuperação eficiente, o qual poderá aproveitar dos meios elencadas pelo art. 50 da LREF. Vale lembrar que, além de eficiente, o plano em questão deve ser aprovado em assembléia geral de credores, portanto, deverá ter um ponto de equilíbrio entre os interesses da recuperanda e os interesses dos credores.

Assim, o plano de recuperação judicial especial é alternativa simples, célere e mais econômica para as microempresas e empresas de pequeno porte já que deverá ser apresentado na forma delimitada pelo art. 71 da LREF. Ademais, dispensa-se a assembléia geral de credores para a sua aprovação, uma vez que caberá ao juiz conceder a recuperação se atendidas todas as exigências legais.

Sobre a forma em que o plano deverá ser apresentado, esse deverá seguir a delimitação imposta pela Lei. O plano poderá abranger todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, mas não se submetem a ele os créditos decorrentes de repasses de recursos oficiais, os saldos devedores de contratos de

alienação fiduciária em garantia, de compra de venda com reserva de domínio e arrendamento mercantil (leasing) e os créditos decorrentes do contrato de adiantamento de câmbio²³. Ressalta-se que, se os referidos créditos não são submetidos à recuperação judicial especial, as suas respectivas ações de execução ou os respectivos prazos prescricionais não podem ser suspensos.

Vale destacar que, embora as execuções de créditos não abrangidos pela recuperação judicial não podem ser suspensas, tem-se que por analogia a *contrario sensu* da Súmula 480 do STJ, o juízo da recuperação judicial é competente para decidir sobre a constrição de bens abrangidos pelo plano de recuperação da empresa²⁴. Assim, acredita-se que seria possível contemplar os bens de propriedade da empresa no plano de recuperação judicial, inclusive uma porcentagem do seu faturamento, bens esses que seriam necessários para o desenvolvimento da atividade empresária e também para satisfação dos termos do plano de recuperação. Logo, sob a égide do princípio da conservação da empresa, bem retratado pelo art. 47 da Lei 11.101/06, caberia ao juízo da recuperação judicial decidir sobre a constrição patrimonial desses bens.

O plano especial de recuperação judicial também deverá prever o parcelamento em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais, iguais e sucessivas, com o acréscimo de juros equivalente à taxa Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC. O devedor ainda poderá prever uma carência com prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, isto é, poderá iniciar os pagamentos dos seus credores, relacionados no plano, após o mencionado prazo. Essas são medidas simples que permitem ao devedor a regularização do fluxo de caixa e uma economia em curto prazo, condições necessárias para o soerguimento e reestruturação da atividade empresária. Além disso, essas medidas satisfazem de forma razoável o interesse dos credores ao permitir um fluxo contínuo de pagamento e cumprimento de

²³ CHAGAS, Edilson Enedino das. **Direito Empresarial Esquematzado**. 4ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1.137.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 480**. O juízo da recuperação judicial não é competente para decidir sobre a constrição de bens não abrangidos pelo plano de recuperação da empresa. Brasília-DF: Superior Tribunal de Justiça, 2012. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>>. Acesso em: 18/06/2019.

obrigações²⁵, de modo que sem a recuperação judicial o devedor poderia permanecer na inadimplência.

O art. 71 da LREF, ao final do seu inciso II, também prevê a possibilidade de abatimento do valor das dívidas. Sob esse aspecto, percebe-se um certo desconforto dos credores. Afinal, o art. 72 da LREF esclarece que a aprovação do plano não se dará por deliberação da assembleia-geral de credores, mas por determinação do juiz, ou seja, por uma via impositiva, que acabará por vincular a todos os credores abrangidos pela recuperação aos termos do plano. Tem-se que a única forma dos credores refutarem a proposta de abatimento do valor das dívidas, seria na forma do art. 55 da LFE, com a apresentação de objeções ao plano por representantes de mais da metade de qualquer uma das classes dos créditos abrangidos pelo art. 83 da LREF. Ocasão em que, havendo objeção por mais de 50% (cinquenta por cento) de representantes de crédito de qualquer dessas classes, computados na forma do art. 45 da LREF, ocorrerá a convocação da recuperação judicial em falência.

O inciso IV do art. 71, ainda dispõe sobre a necessidade de se obter a autorização do juiz, após ouvido o administrador judicial e o Comitê de Credores, para que o devedor possa aumentar suas despesas ou contratar mais empregados. Sobre esse dispositivo nota-se que é uma forma rígida de se controlar os gastos do devedor. Verifica-se que o devedor, no uso do instituto da recuperação judicial, o qual se pressupõe a existência de uma crise-econômica financeira, poderia de forma injustificada gerar novas despesas, eventualmente desnecessárias, enquanto são impostas medidas interventivas que muitas das vezes aborrecem os seus credores. Logo, a medida visa canalizar os recursos da atividade empresarial para o cumprimento do plano, mas acredita-se que poderá servir como meio dissuasório para se evitar o uso indevido do instituto da recuperação para maximizar os lucros do empresário.

²⁵ TOMAZZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 6. p. 275.

4.4 Da aprovação do plano e do deferimento da recuperação judicial especial

Apresentado o plano de recuperação dentro do prazo de 60 dias (art. 53 da LREF), o juiz ordenará a publicação de edital contendo aviso aos credores sobre o recebimento do documento e fixará o prazo para manifestação de eventuais objeções (art. 55 da LREF). O prazo para essa manifestação está atrelado à publicação do edital contendo a relação de credores que, em tese, finda-se em paralelo com o prazo de apresentação do plano judicial. Havendo objeções de credores titulares de mais da metade de qualquer uma das classes de créditos a que se refere o art. 83 da LREF, o juiz decretará a falência nos termos do art. 72 da LREF.²⁶

A recuperação judicial especial se difere em relação ao procedimento ordinário, o qual, com a objeção de qualquer credor será convocada a assembléia geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação com a possibilidade de realizar alterações, desde que haja anuência expressa do devedor e a modificação não implique na diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes. Ademais, no procedimento de recuperação judicial ordinário, a simples objeção de credor(es) que represente(m) a metade de uma das classes, do art. 83, não é suficiente para rejeição do plano. Enquanto isso, na recuperação judicial especial, havendo a objeção por qualquer credor, não há previsão legal para convocação de assembléia geral de credores, além disso, a legislação é silente quanto à modificação das condições do plano²⁷.

Portanto, se a objeção for realizada por credores que representem mais da metade de umas das classes do art. 83, a recuperação judicial será convalidada em falência sem que haja qualquer discussão sobre os termos do plano que motivaram essa objeção. Faz-se uma ressalva que, a objeção deve ser fundamentada com base em pressupostos e requisitos legais, sob pena de ser indeferida pelo juiz²⁸.

²⁶ TOMAZZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 6. p. 274.

²⁷ TOMAZZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 6. p. 276.

²⁸ TOMAZZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 6. p. 276.

Acaso não haja objeção dos credores, o plano de recuperação judicial especial será aprovado tacitamente²⁹. Poderão ocorrer situações em que os credores apresentem objeções infundadas, ou esses credores não representem mais de 50% de uma das classes do art. 83 da LREF, nessas condições, o juiz concederá a recuperação judicial se atendidas as demais exigências da Lei 11.101/05, sem convocar a assembléia-geral de credores (art. 72 da LREF).

Homologado o plano de recuperação especial ocorrerá a novação dos créditos, isto é, a extinção das obrigações anteriores e constituição de uma nova obrigação. Por consequência, as execuções dessas antigas obrigações poderão ser extintas³⁰.

O art. 57 da LREF estabelece que após a aprovação do plano de recuperação judicial, o devedor deverá apresentar 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 Nacional³¹. Em uma leitura conjunta dos arts. 57 e 58 da LREF, pressupõe-se que a apresentação de certidões negativas de débitos tributários seria exigência legal para a concessão da recuperação judicial. Nota-se, contudo, que o devedor ao solicitar a recuperação judicial já se encontra em precárias condições econômico-financeiras, sendo comum a existência de débitos tributários³². Dito isso, o art. 57 da LREF acabaria por inviabilizar a maioria dos procedimentos de recuperação judicial. Logo, para superar essa inviabilidade, a própria Lei nº 11.101/05 estabelece que o fisco pode conceder o parcelamento especial para os devedores, em sede de recuperação judicial, à critério da lei especial a ser editada³³.

Em que pese a lei especial que trata do parcelamento especial de créditos tributários na recuperação judicial nunca tenha sido editada, certo é que o devedor pode obter os parcelamentos ao tratar diretamente com as fazendas públicas e o

²⁹ TOMAZZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 6. p. 275.

³⁰ CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito Empresarial Esquemático*. 4ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1.139.

³¹ BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm> acesso em 19 de junho 2019.

³² TOMAZZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 6. p. 240.

³³ TOMAZZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 6. p. 240.

INSS, conforme dispõe o art. 68 da Lei 11.101/05, sendo garantido o prazo de parcelamento 20% (vinte por cento) maior para as microempresas e empresas de pequeno porte³⁴. Uma vez parcelado o débito, o devedor poderá se valer da certidão positiva com efeitos negativos em substituição a certidão negativa de débitos tributários³⁵.

Por outro lado, tem-se que o princípio norteador da preservação da empresa, preconizado pelo art. 47 da LREF, não pode ser frustrado pela mera impossibilidade do devedor de cumprir os requisitos a que se refere o art. 57 da LREF e o art. 191-A do CTN, de apresentar a certidão negativa de débitos tributários, ou qualquer outro documento que a substitua. Repara-se que, cumprida as demais etapas a que se refere a Lei 11.101/05, inclusive com inúmeros sacrifícios dos demais credores e do próprio devedor, seria desarrazoado e desproporcional inviabilizar a recuperação judicial com a exigência de quitação de todos os débitos tributários, quando o devedor busca do instituto da recuperação formas condizentes, ao seu estado de crise econômico-financeira, para o cumprimento de suas obrigações. Assim, o entendimento jurisprudencial que se consolida é que as exigências dos art. 57 da LREF e do art. 191-A do CTN não podem ser aplicados enquanto não houver edição de lei especial que trate do parcelamento de créditos tributários na recuperação judicial. Ilustra-se o entendimento com o exemplo do RESP nº 1.187.404 de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão:

DIREITO EMPRESARIAL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXIGÊNCIA DE QUE A EMPRESA RECUPERANDA COMPROVE SUA REGULARIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 57 DA LEI N. 11.101/2005 (LRF) E ART.

191-A DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (CTN). INOPERÂNCIA DOS MENCIONADOS DISPOSITIVOS. INEXISTÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA A DISCIPLINAR O PARCELAMENTO DA DÍVIDA FISCAL E PREVIDENCIÁRIA DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

1. O art. 47 serve como um norte a guiar a operacionalidade da recuperação judicial, sempre com vistas ao desígnio do

³⁴ MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas** - Direito Empresarial Brasileiro, 9ª edição. p. 175.

³⁵ TOMAZZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 6. p. 241.

instituto, que é "viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica".

2. O art. 57 da Lei n. 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.

3. 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.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1187404/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/06/2013, DJe 21/08/2013)³⁶

Acrescenta-se o Enunciado nº 55 da I Jornada de Direito Comercial CJP/STJ em reforço ao entendimento jurisprudencial sobre a inaplicabilidade do disposto no art. 57 da LREF e do art. 191-A do CTN. Confira-se:

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 CTN³⁷.

Por fim, aprovado o plano de recuperação judicial e deferida a recuperação judicial, o devedor deverá cumprir com exatidão os termos do plano sob pena de incorrer na hipótese da recuperação judicial convolar em falência, conforme dispõe o

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1187404/MT**. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. Publicado no DJe 21/08/2013. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1244591&num_registro=201000540484&data=20130821&formato=PDF>. Acessado em 19 de junho de 2019.

³⁷ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. I Jornada de Direito Comercial. **Enunciado nº55**. Coordenador-geral: Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR. Disponível em <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/128>>. Acessado em 19 de junho de 2019.

inciso IV do art. 73, qual seja, por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação.

Feitas todas essas considerações, serão realizadas algumas observações sobre a adequação do tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte e ao procedimento da recuperação judicial, bem como, aplicabilidade do instituto da recuperação judicial a realidade dessas empresas.

5 CONCLUSÃO

Dada a importância das microempresas e empresas de pequeno porte para a movimentação da economia no país, tem-se que o tratamento especial garantido pela Constituição e pelas legislações infraconstitucionais são medidas necessárias para que essas empresas possam se manter e ascender no mercado. Assim, acredita-se que os critérios adotados pela Lei Complementar nº 123/06 são adequados ao identificar aquelas empresas que fazem jus ao tratamento diferenciado. Ademais a legislação apresenta uma série de simplificações de procedimentos úteis ao pequeno empresário, com destaque aqueles relacionados às obrigações acessórias e tributárias.

Quanto ao tratamento especial para os micros e pequenos empreendedores aplicado à Lei 11.101/05, verifica-se a existência de vários dispositivos que favorecem esses empresários. Nota-se que, na condição de credoras, as pequenas empresas são classificadas com crédito privilegiado especial, acima dos créditos quirografários. Já na condição de devedoras, as pequenas empresas contam com alguns tratamentos especiais, a saber, destaca-se a apresentação de documentação simplificada junto com a petição inicial. Além disso, os micros e pequenos empresários contam com a faculdade de optar pelo procedimento de recuperação judicial especial e com a possibilidade de obter um parcelamento 20% superior com relação aos créditos fazendários e do INSS.

Apesar desses benefícios, tem-se que inexistente tratamento diferenciado para propositura do pedido de recuperação judicial, uma vez que os pressupostos e os requisitos para o pedido são praticamente os mesmos para todas as

empresas/empresários, com a exceção da documentação contábil simplificada que acompanha a inicial, para micro e pequenas empresas.

Acerca do pressuposto estabelecido pelo caput do art. 48 da Lei 11.101/05, no que tange o exercício regular das atividades há mais de 2 (dois) anos, cumpre fazer algumas observações. Nota-se que, conforme estudo realizado pelo SEBRAE em 2013, cerca de 24,4% das empresas fecham as portas antes de completar dois anos de existência. Esse percentual pode chegar a 50% ao tratar dos negócios que chegam até 4 anos de existência. Além disso, outro estudo mais recente realizado pelo SEBRAE evidencia que muitos dos empreendedores das ME e EPP trabalharam em média de 10 a 11 anos na informalidade, ou seja, sem o registro da empresa. Logo, nesse quesito, verifica-se que muitos dos pequenos empreendedores teriam dificuldades em cumprir esse pressuposto para requerer a recuperação judicial.

Assim, acredita-se que o mais adequado seria exigir que o devedor regulariza-se o seu registro e comprova-se que exercia a atividade empresarial a mais de dois anos, ainda que de forma irregular. Tal medida poderia abranger um número muito maior de empreendedores e incentivaria a regularização dos negócios.

Outra questão importante diz respeito à forma inflexível do plano de recuperação judicial especial. De fato, quando a lei preestabelece a forma do plano de recuperação e afasta a deliberação da assembléia geral de credores para a sua aprovação, acaba por tornar o procedimento de recuperação mais simples, célere e dinâmico. Contudo, ao optar pelo plano especial de recuperação judicial o devedor abre mão das medidas elencadas pelo art. 50 da LREF, as quais poderiam ser úteis para o seu soerguimento. Extraí-se como exemplo a possibilidade do devedor levantar ativos com a alienação de um de seus estabelecimentos empresariais, sem a ocorrência de sucessão de dívidas ao adquirente. Tal medida não tem previsão no plano de recuperação judicial especial, logo, para que o devedor possa utilizar-se dessa medida teria que abrir mão do procedimento especial e sujeitar-se aos ônus do procedimento de recuperação ordinário.

Dito isso, há de se esclarecer que entre o microempreendedor individual (MEI) e a empresa de pequeno porte (EPP), cujos faturamentos podem chegar respectivamente à R\$ 81.000,00 e R\$ 4.800.000,00, existem diferenças enormes de

necessidades que nem sempre serão atendidas pelas mesmas medidas elencadas no plano de recuperação judicial especial. Logo, a forma limitada e inflexível do plano especial, eventualmente, acaba por obrigar o pequeno empresário a optar pelo tramite ordinário da recuperação judicial, culminando na relativização do seu direito ao tratamento especial.

De toda sorte, o plano de recuperação judicial especial é facultativo. Cabe ao empresário verificar a sua aplicabilidade e viabilidade quanto à condição de sua empresa. Afinal, o parcelamento em até 36 vezes dos débitos existentes, com a carência de 180 dias para iniciar os pagamentos, poderia resolver a crise econômico-financeira de muitos empresários.

Outra crítica que se faz necessário pontuar, diz respeito à imposição do abatimento de dívidas dos credores, prevista no plano de recuperação judicial especial. Nota-se que a lei não definiu critérios para que o juiz pudesse julgar a procedência da quantificação adequada do abatimento de dívidas dos credores. Ademais, o plano de recuperação é aprovado sem a convocação da assembleia geral de credores. Tem-se que única forma prevista em lei para que os credores refutassem eventual abuso, relativo ao abatimento de dívidas, se traduziria na objeção do plano, cujos efeitos práticos levariam a falência do devedor, acaso essas objeções representassem 50% dos créditos de umas das classes do art. 83 da LREF.

Portanto, tem-se que o mais adequado seria uma previsão legal que condicionasse a convocação da assembleia geral de credores, para deliberar sobre a aprovação do plano de recuperação judicial nos casos em que ele instituir medidas que causem prejuízos aos credores, tal como eventual abatimento de dívida. Ademais, seria salutar, ante ao princípio da preservação da empresa, oportunizar ao devedor a modificação do plano de recuperação judicial, nos casos em que houver objeções capazes de ensejar a convalidação da recuperação judicial em falência.

De forma geral, julga-se que a simplicidade e a dinâmica da recuperação judicial especial poderão ser úteis àquelas empresas que começam a apresentar os sintomas da crise econômico-financeira, quando se tornam inadimplentes e, por consequência, desestabilizam-se com as execuções (ex)judiciais e as constrições patrimoniais. Fatos esses capazes de prejudicar o desenvolvimento da atividade

empresarial e levá-la à falência. Mas, há de se ressaltar sobre a necessidade de reformular um dos pressupostos que inviabiliza a recuperação judicial, qual seja, a exigência da pré-constituição de registro à mais de dois anos, visto que seria mais adequado ao universo dos micros e pequenos empreendedores exigir a regularização do seu registro e a comprovação do exercício da atividade empresarial a mais de dois anos, ainda que de forma irregular.

REFERÊNCIAS

BOA VISTA SCPC. **Pedidos de falência caem 19,4% no 1º trimestre**. 04, de abril de 2019. Disponível em: <<https://www.boavistaservicos.com.br/noticias/pedidos-de-falencia-caem-194-no-1o-trimestre/>>. Acesso em 15 de junho de 2019.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. I Jornada de Direito Comercial. **Enunciado nº55**. Coordenador-geral: Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR. Disponível em <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/128>>. Acessado em 19 de junho de 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil – 1988**, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>acesso em 19 de junho de 2019.

BRASIL. **Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006**. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm>acesso em 15 junho 2019.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm>acesso em 19 junho 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>acesso em 19 junho 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>acesso em 19 junho 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1187404/MT**. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. Publicado no DJe 21/08/2013. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1244591&num_registro=201000540484&data=20130821&formato=PDF>. Acessado em 19 de junho de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 480**. O juízo da recuperação judicial não é competente para decidir sobre a constrição de bens não abrangidos pelo plano de recuperação da empresa. Brasília-DF: Superior Tribunal de Justiça, 2012. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>>. Acesso em: 18 junho 2019.

CHAGAS, Edilson Enedino das. Direito Empresarial Esquematizado. 4ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas - Direito Empresarial Brasileiro**, 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS-SEBRAE. **Perfil das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte**. Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/ro/artigos/perfil-das-microempresas-e-empresas-de-pequeno-porte-2018,a2fb479851b33610VgnVCM1000004c00210aRCRD>>. Acesso em 13 de junho de 2019.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS-SEBRAE. **Entenda o motivo do sucesso e do fracasso das empresas**. Estudo de mercado. Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/sp/bis/entenda-o-motivo-do-sucesso-e-do-fracasso-das-empresas,b1d31ebfe6f5f510VgnVCM1000004c00210aRCRD?origem=estadual&coDuf=26>>. Acesso em 19 de junho de 2018.

TOMAZZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 6.