

Aspectos Polêmicos da Nova Lei de Falências

Mônica Gusmão

Professora de Direito Empresarial da EMERJ, dos cursos de Graduação e Pós-graduação da UCAM, UERJ e UNESA, da EMATRA, da AMPERJ e da FESUDEPERJ. Vice-Presidente do Fórum Permanente de Direito Empresarial da EMERJ.

1. INTRODUÇÃO

É compreensível que toda lei nova traga certo *desassossego* ao *sistema jurídico*. O novo inquieta. Com o tempo a jurisprudência aplaina o *desconforto* e mostra que a *antinomia* a mais das vezes é apenas aparente. Com uma lei da importância da nº 11.101/2005 não foi diferente. Diversas críticas brotaram ainda na sua *vacatio*, notadamente em relação à *redação* dos *institutos vitais* para a compreensão do moderno *direito de empresa*. A distribuição *topográfica* das matérias no novo texto também não foi poupada.

Grande parte do rebuliço doutrinário decorreu da declarada intenção da lei de *preservar* a empresa e sua *função social*, e não apenas *punir* o *empresário devedor*, como até então era da *cultura do foro*. Partindo dessa premissa - verdadeira, por sinal -, a maioria da doutrina deu de afirmar que a Lei nº 11.101/2005 tem por únicos princípios a *recuperação* e a *preservação da empresa*, parecendo ver nisso um fim em si mesmo. De fato, o endereço da lei é a *recuperação* e a *função social* da empresa, mas não é só isso, ou nem é isso, fundamentalmente. É indubitável que a nova lei traz inúmeros mecanismos para que a empresa - assim entendida a atividade econômica organizada - possa superar *eventual* e *transitória* crise eco-

nômica e financeira, mas, seduzidos por esses altos propósitos legislativos, muitos vêem no princípio da preservação das empresas e de sua função social um valor absoluto. Para esses, *toda* empresa deve ser recuperada a *qualquer* custo. Não é bem assim. Preserva-se a empresa que *possa* e *deva* ser preservada, e essa seleção implica um juízo de valor *a priori*. Para manter o equilíbrio social, econômico e político, indiscutivelmente é dever do Estado incentivar e empenhar-se em preservar as empresas, fontes geradoras de tributos e de empregos. Ninguém nega que o *fiasco* de uma empresa produz *efeitos danosos* na sociedade onde atua, mas a aplicação indiscriminada do princípio da *preservação* acabaria por permitir que a continuação de uma empresa *economicamente inviável* trouxesse prejuízos que refletiriam de forma desastrosa na coletividade, gerando instabilidade em vez de harmonia social. Ou seja: produziria no mercado todos os efeitos maléficos que se queriam evitar.

O legislador emprestou um *novo perfil* à *falência*. Exemplo disso está no mecanismo de *satisfação* dos *credores*. Diferentemente do que estava no decreto revogado, a *liquidação* mereceu uma releitura, pois o *propósito principal* da nova lei é a satisfação mais *célere* e *eficaz* dos credores com mecanismos que permitam a alienação de toda a unidade produtiva a fim de preservá-la - *princípio da maximização ou da valoração do ativo*. Outra coisa: não mais se admite a recuperação do devedor que teve a sua falência decretada, diferentemente do que ocorria na vigência do DL. nº 7.661/45, que admitia a recuperação por meio da *concordata suspensiva*.

Este trabalho não padece da veleidade de ter resposta pronta para todos os sobressaltos surgidos com a nova lei. Quer, apenas, trazê-los à cena das discussões proveitosas.

2. A FALÊNCIA COMO MEIO DE COBRANÇA

Na constância do DL. nº 7.661/45, a ameaça da quebra era normalmente usada como *forma de constranger* o devedor a saldar a dívida. A *falência* como *meio de cobrança* era praxe perniciosa que desnaturava a *ratio* da lei. Para pôr fim a essa prática desleal e evitar que a falência continuasse sendo utilizada como meio espú-

rio de cobrança pelos credores, a Lei nº 11.101/2005 impôs um mínimo para legitimar o requerimento de quebra *fundado na impontualidade*. No regime antigo, em vez de utilizarem-se de ação própria, os titulares de *créditos inexpressivos* punham as empresas em risco valendo-se dos pedidos de falência como meio *coativo de cobrança*. Na maioria das vezes, o devedor empresário via-se obrigado ao *depósito elisivo* como única forma de evitar a bancarrota¹, sem ao menos responder à pretensão do suposto credor. Alguns tímidos mas respeitados julgados decidiam pela falta de interesse do credor, opondo como fundamento a *inadequação* do meio eleito para satisfação do crédito, somando a essa razão de decidir os princípios da *menor onerosidade* para o devedor, o da *função social* e o da *preservação da empresa*². O novo diploma legal minimizou o problema, reduzindo expressivamente os requerimentos de falência o que traduz avanço para a economia e para o próprio judiciário.

Atualmente, o titular de crédito superior a *quarenta salários mínimos*³ ainda pode optar pelo requerimento de falência, em vez de executá-lo, sem falar na possibilidade de unir-se a outros credores para a comprovação do mínimo legal exigido⁴. Particularmente, *não endossamos* a tese de que o credor pode aproveitar *protesto* levado a efeito por terceiro - *protesto emprestado* - para completar o valor do seu crédito. Se seu crédito é inferior a quarenta salários mínimos, pode executá-lo individualmente, ou em *litisconsórcio*.

3. EFETIVIDADE DA GARANTIA DO JUÍZO

A nova lei admite⁵ requerimento de falência do executado, se *empresário*, que, no prazo legal, não paga, não deposita ou não nomeia bens suficientes à penhora no prazo legal (execução frustra-

¹ Lei nº 11.101/05, art. 98, parágrafo único.

² TJRJ, ApCív 2003.001.25143, Rel. Des. Maria Christina Góes, j. 01/03/2005 - e TJMG, ApCív 1.0024.05.702152-9/001, Rel. Des. Vanessa Verolim Hudson Andrade, j. 7/2/2006.

³ Lei nº 11.101/2005, art. 94, I.

⁴ Lei nº 11.101/2005, art. 94, parágrafo único.

⁵ Lei nº 11.101/05, art. 94, II.

da). A *inovação* consiste em que, no DL. nº 7.661/45, a nomeação de bens, ainda que insuficientes, *não ensejava* requerimento de falência. Agora, não. Não é qualquer nomeação que conta, mas a *nomeação eficiente*. Preocupa-nos esse novo paradigma porque, se o devedor nomear à penhora bens insuficientes para a garantia do débito, esse fato por si tipifica *execução frustrada*. Somos de opinião de que o juízo da execução deve, sempre que possível - e *até mesmo no interesse do próprio credor* -, amparado nos princípios da *razoabilidade, ponderação de interesses, menor onerosidade, função social e preservação da empresa, eticidade* e outros tantos, evitar essa consequência danosa, propiciando ao devedor oportunidade de complementar a penhora caso os bens indicados não cubram o valor do débito, ou possam não despertar interesse em praça.

4. LEGITIMIDADE ATIVA

a) Credor empresário

O art. 9º, III, "a" do revogado DL. nº 7.661/45 impunha ao *credor empresário* a comprovação de sua regularidade, ou seja, inscrição ou arquivamento no Registro Público de Empresas Mercantis de firma (empresário individual) ou contrato ou estatuto sociais (sociedades empresárias). O art. 97, §1º da nova lei repetiu essa exigência ao determinar que o credor, se empresário, comprove a regularidade de suas atividades. *Pergunto*: e o credor não-empresário? Tem de comprovar sua regularidade? *Dito doutro modo*: há necessidade de uma sociedade simples, que não é considerada empresária, comprovar sua regularidade, e ter de exhibir os seus atos constitutivos, devidamente arquivados no Registro Civil de Pessoas Jurídicas? Teriam legitimidade ativa para o requerimento de quebra de seus devedores as sociedades em comum que não ostentassem condição de empresárias?

Para nós, o art. 97, §1º da Lei nº 11.101/2005 comporta interpretação *extensiva*, que mais se afina com a ***mens*** geral da nova lei. Se assim não for, estar-se-á dando tratamento desigual a situações idênticas. Se ambos são credores, a regularidade deve ser exigida de ambos, sob pena de se violarem a paridade e a isonomia de tratamento, além de fomentar a irregularidade. *Digo mais*: o Código

Civil impõe tanto ao empresário⁶ como ao não-empresário⁷ a obrigatoriedade do registro de seus atos nos respectivos órgãos competentes.

b) Credor com garantia real

Em regra, o art. 9º, III, "b" do DL. nº 7.661/45 *não conferia* legitimidade ao credor com garantia real para requerer falência de seu devedor, exceto se a ele *renunciasse*, ou provasse que tal garantia *não bastava* para a satisfação do crédito. Assim era porque o credor podia valer-se de ação própria para cobrar o valor devido, faltando-lhe, dessa forma, *interesse*, ou *razoabilidade* no pedido. Era prevalente, também, o princípio da *preservação das empresas*. Se esse credor optasse pelo pedido de quebra, perderia sua posição privilegiada e concorreria com os demais na condição de *quirografário*.

O art. 97, IV da nova Lei de Falências estende essa legitimidade a qualquer credor, e *não impõe* nenhuma renúncia à garantia real sobre o crédito. A questão não é pacífica. Há quem sustente a legitimidade do credor com garantia real para o requerimento de quebra sem necessidade da renúncia à sua garantia. Se a *mens legis* fosse a de manter a restrição anterior, a renúncia obrigatória seria mantida, pois não se pode impor ao credor renúncia que não está na lei, nem se admitir renúncia implícita. *Divergimos*. Ainda que a Lei de Falências *não tenha mantido* a restrição anterior, o pedido de falência por credor com garantia real somente pode ser admitido com a efetiva renúncia à garantia (ainda que tácita), ou prova de que tal garantia não basta para a satisfação do crédito. É conveniente ressaltar que, para nós, o óbice ao requerimento não se dá pela ilegitimidade do credor, mas por sua total falta de interesse, já que tem à sua disposição meios próprios para cobrança de seu crédito. Não é razoável permitir que se onere e puna em demasia o devedor e a coletividade como um todo com o decreto de quebra. Haveria autêntico *bis in idem*.

⁶ CC/2002, art. 967.

⁷ CC/2002, art. 998.

Da mesma forma, merece destaque a previsão do art. 68, §3º, "c" da Lei nº 6.404/76, que legitima o *agente fiduciário* dos *debenturistas* a *requerer a falência* da companhia, salvo se não existirem *garantias reais*. Os mesmos argumentos valem aqui: o *agente fiduciário* dos debenturistas *não tem interesse* para o requerimento de falência da companhia, se representante da comunhão de debenturistas com garantia real.

c) Credor titular de crédito vencendo

O art. 9º, III do DL. nº 7.661/45 legitimava o titular de crédito, ainda que não vencido, a requerer a falência do devedor. A questão era polêmica. Para alguns, prevalecia a interpretação literal da lei, ou seja, o titular de crédito *vencendo* poderia requerer a falência do devedor tanto com fundamento na prática de atos de falência quanto na de impontualidade, valendo-se, na última hipótese, do protesto levado a efeito por terceiro⁸. Sempre defendemos *interpretação restritiva* desse artigo. Admitíamos o requerimento de falência do devedor apenas na hipótese de prática de eventual *ato de falência*. Solução inversa implicaria indefensável contrasenso: titular de *crédito* que ainda *não venceu* poderia cobrá-lo com a comprovação da *impontualidade* do *devedor* com *outro credor*, exigindo-se, apenas, certidão de protesto comprobatória *d daquela outra impontualidade*. Tínhamos a seguinte situação: credor de crédito a vencer daqui a três anos, por exemplo, provava a impontualidade do devedor com a certidão de protesto tirada por outro credor, acarretando a antecipação do vencimento do crédito mesmo sem ter havido a decretação da falência, caso o devedor optasse pelo depósito elisivo. A Lei nº 11.101/05 confere legitimidade a *qualquer credor*⁹, mas *não repete* a regra anterior, o que reforça a tese que advogávamos: admite-se requerimento de falência apenas por credor titular de *crédito vencido*¹⁰. Acrescento: esse novo dispositivo veio ao encontro do princípio da preservação das empresas.

⁸ "Protesto emprestado" - DL. nº 7.661/45, art. 4º, § 2º.

⁹ Lei nº 11.101/05, art. 97, IV.

¹⁰ Lei nº 11.101/05, art. 94, I. Saliente-se que Fábio Ulhôa Coelho possui entendimento diverso: "Deve-se admitir a legitimação do credor, mesmo que seu título não esteja ainda vencido, mesmo quando o pedido se funda na

d) Ministério Público

O art. 127 da Constituição Federal diz que o Ministério Público é uma *instituição permanente, essencial à função jurisdicional*, incumbindo-lhe a *defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*. O art. 129, III da CF/88 dá legitimidade ativa a esse órgão para promover o *inquérito civil e a ação civil pública* para a proteção do *patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*. O art. 3º dessa lei define o *objeto da ação civil pública*: a *condenação em dinheiro* ou o cumprimento de *obrigação de fazer ou de não-fazer*. Julgado procedente o pedido, decorridos 60 (sessenta) dias do trânsito em julgado da sentença condenatória sem que se promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público¹¹.

No âmbito do *direito do trabalho*, o art. 876 da CLT diz que as decisões passadas em julgado, ou das quais não tenha havido *recurso com efeito suspensivo*, os acordos não cumpridos, os *termos de ajuste de conduta* firmados perante o Ministério Público do Trabalho e os *termos de conciliação* firmados perante as *Comissões de Conciliação Prévia* serão executados pela forma estabelecida naquele Capítulo¹². Inquestionavelmente, a Justiça do Trabalho é competente para *conhecer e julgar* a execução de *termo de compromisso* (termo de ajuste de conduta) tomado pelo Ministério Público do Trabalho com amparo nos arts. 114 e 129, III da CF/88, combinado com os arts. 83, III da LC nº 75/93, §§ 5º e 6º da Lei nº 7.347/85 e 585, II do Código de Processo Civil. Pode o Ministério Público, pelo inquérito civil público, apurar a denúncia recebida e convocar o indiciado para assinar o *termo de compromisso de adequação de conduta* (TAC). Esse termo tem força de *título executivo extrajudicial*¹³ e pode

impontualidade injustificada ou na execução frustrada, desde que estas tenham ocorrido em relação a título executivo de outro credor. O direito falimentar está atento aos interesses dos que não podem exigir o pagamento de seus créditos, porque ainda em curso o prazo de vencimento da obrigação, mas que presenciam a deterioração da situação econômica e patrimonial da sociedade empresária devedora. Se devessem aguardar o vencimento do título, para somente então se legitimarem ao pedido de falência, poderia ser tarde demais para a tutela dos seus direitos" (Comentários à nova lei de falência e de recuperação de empresas. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 266-267).

¹¹ Art. 15.

¹² Capítulo V, Seção I.

¹³ Lei nº 7.347/85, art. 5º, § 6º.

ser executado diretamente pelo Ministério Público. Por outro lado, diz a lei de quebra que o requerimento de falência se pode fundar:

I - na *impontualidade*, caracterizada pelo *não-pagamento*, no prazo contratado, de *obrigação líquida* superior a quarenta salários mínimos¹⁴.

II - na *execução frustrada*, em que o executado, no *prazo legal*, não paga a *quantia devida*, não a deposita ou nomeia à penhora *bens insuficientes*¹⁵.

III - prática de *atos de falência*¹⁶.

Em regra, o representante do Ministério Público atua na falência na condição de *custos legis*. Concluímos, contudo, pela *legitimidade ativa* do representante do Ministério Público para *requerimento da falência* do *devedor empresário* nas hipóteses legais que o autorizam a promover *execução singular*. Se a falência, para grande maioria da doutrina, tem natureza de *execução coletiva*, não é absurda a tese de que o Ministério Público esteja autorizado a pedir a *quebra do devedor empresário* com fundamento na *impontualidade* e na *execução frustrada na ação civil pública* e no *termo de ajuste de conduta* (TAC), se legitimado para essas execuções.

5. LEGITIMIDADE PASSIVA

Repetindo a regra do decreto revogado, a lei atual determina que os institutos da *falência* e da *recuperação judicial* somente podem ser aplicados ao *devedor empresário*. Antes de seu advento, tínhamos a figura do *comerciante*, assim entendido aquele que praticava *atos de comércio em caráter habitual, profissional e oneroso*. Adotando a *teoria da empresa*, o conceito de comerciante foi substituído pelo de empresário.

O art. 966 do Código Civil diz que *empresário é a pessoa física ou jurídica que exerce atividade economicamente organizada, em caráter profissional, para a produção ou circulação de bens e serviços*. Exclui da condição de empresário, no parágrafo único, os

¹⁴ Lei nº 11.101/05, art. 94, I.

¹⁵ Lei nº 11.101/05, art. 94, II.

¹⁶ Lei nº 11.101/05, art. 94, III.

que exercem atividades *intelectuais, científicas, artísticas ou literárias*, salvo se presente o *elemento de empresa*.

a) Empresário emancipado

A possibilidade de o *empresário emancipado aos dezesseis anos* incidir em falência era tema controvertido. O debate girava em torno de duas questões: o art. 3º, II do DL nº 7.661/45 somente conferia *legitimidade passiva* ao comerciante com *mais de dezoito anos*. A outra prendia-se à *impossibilidade* de se impor sanção penal ao empresário emancipado aos 16 anos, se falido, em caso de cometimento de crime falimentar. Há muito admitíamos a possibilidade de falência do empresário emancipado¹⁷. Como prevíamos, a atual lei de falências pôs fim à polêmica. Não há previsão de idade mínima para que o empresário individual incida em falência. Da mesma forma - *quanto à prática de crime previsto na lei de falência pelo empresário emancipado aos 16 anos* - já defendíamos que o art.112, II do Estatuto da Criança e do Adolescente permite à autoridade competente aplicar, *como medida socioeducativa*, a obrigação de o menor reparar o dano, o que se completa pelo disposto no art.116, quando diz que "em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima" e, no seu parágrafo único, que, "havendo manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada"¹⁸.

b) Proibidos do exercício de atividade empresarial

O art. 3º, IV do DL nº 7.661/45 previa a falência dos proibidos de exercer atividade empresarial. Não obstante a vedação da lei, comprovados os requisitos legais, se sujeitavam à quebra. O art. 974 do Código Civil *não admite* o exercício de *atividade empresarial pelos legalmente impedidos* (por exemplo, magistrados, servidores civis da ativa, membros do Poder Legislativo etc.). Não afasta

¹⁷ GUSMÃO, Mônica. *Direito Empresarial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

¹⁸ *Op. et loc. cit.*

sua responsabilidade, contudo, se violarem disposição legal¹⁹. Importante ressaltar que a vedação somente se refere às atividades exercidas pelos *impedidos como empresários individuais*. Nada obsta que componham os quadros de sociedades, desde que não assumam sua administração. A lei de falências é omissa. Para nós, a regra ainda se mantém. Tese contrária fomentaria o exercício irregular da empresa por quem não pode, por direito, exercê-la.

c) Empresário rural

Em regra, o empresário caracteriza-se pelo *exercício de atividade econômica organizada, em caráter profissional e habitual*, e não pelo efetivo registro no órgão competente. A *natureza do registro* é meramente declaratória. Os arts. 971 e 984 do Código Civil *facultam ao empresário rural*, excepcionalmente, optar pela condição de *empresário*, se rural for a principal atividade desenvolvida. O registro da firma individual ou do contrato social no Registro Público de Empresas Mercantis, por sua natureza constitutiva, torna-os *empresários*. Para alguns, o exercício de *atividade agroindustrial* descaracterizaria a condição de rural, pois o simples exercício de atividade industrial já o tornaria empresário, em virtude da própria lei. *Discordamos*. Não será o exercício concomitante da atividade rural e industrial que determinará a condição de empresário, e sim a preponderância da atividade industrial. Empestamos ao art. 971 do Código Civil interpretação literal: o empresário rural *somente* poderá optar por essa condição se a *principal atividade desenvolvida for rural*. Interpretação a *contrario sensu* leva-nos à seguinte conclusão: o empresário rural não poderá optar por essa condição se a principal atividade não for rural, e sim, industrial, hipótese em que, aí sim, será considerado empresário, independentemente do registro.

d) Sócios com responsabilidade ilimitada

O art. 5º do DL nº 7.661/45 dizia que a falência de sociedade com sócios de responsabilidade *ilimitada* não determinava a *falência pessoal dos sócios*, que sofriam, contudo, os seus *efeitos*, como a

¹⁹ Art. 943.

arrecadação de seus bens, concomitantemente com os da sociedade falida, *vencimento antecipado* de suas *dívidas particulares* etc. A regra confirmava um dos princípios basilares do direito empresarial, de que a pessoa da sociedade *não se confunde* com a de seus sócios. Por outro lado, o princípio da *autonomia patrimonial* determina a *separação* do patrimônio da sociedade do de seus sócios. O *sujeito de direitos é a sociedade*. É ela quem se obriga em nome próprio perante terceiros. O empresário, tal como definindo no art. 966 do Código Civil de 2002, é a sociedade, e não os sócios.

A lei define, expressamente, as hipóteses de ilimitação da responsabilidade dos sócios, como, por exemplo, os arts. 1.015 e 1.016 do Código Civil de 2002 e o art. 158 da Lei nº 6.404/76. Se, por força do tipo societário²⁰, assumirem *responsabilidade ilimitada*, somente responderão pelas dívidas sociais *depois* de exaurido o patrimônio da sociedade. Em resumo: apesar da ilimitação da responsabilidade, os credores sociais devem observar o *benefício de ordem*, em que os bens dos sócios não podem ser atingidos senão depois de atingidos os bens da sociedade²¹.

O art. 81 da lei de falências inova quando diz que a decisão que decreta a falência da sociedade também acarreta a falência dos sócios com *responsabilidade ilimitada*, além de sujeitá-los aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à sociedade falida. A controvérsia é acirrada.

Fábio Ulhoa²² sustenta que

*"...pela nova disciplina, esses sócios terão sua falência decretada **junto** com a sociedade. Note-se que a lei criou aqui uma hipótese de **concurso falimentar** em que o devedor não é necessariamente empresário individual ou sociedade empresária".*

²⁰ Exemplo: sociedade em nome coletivo - CC/2002, art. 1.039.

²¹ Código Civil, arts. 1.023 e 1.024. Verifica-se, entretanto, que o art. 990 do Código Civil, no caso das sociedades em comum, exclui o referido benefício de ordem: "Art. 990. Todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no art. 1.024, aquele que contratou pela sociedade".

²² ULHOA, Fábio. *Comentários à nova Lei de Falências*. São Paulo: Saraiva, 2005

Para nós, o art. 81 contém uma *contradição*. Vai de encontro ao art. 1º da lei de falências. Os institutos da falência e da recuperação somente podem ser aplicados aos empresários (individuais ou sociedades empresárias). A *mens legis* foi a de excluir os não-empresários, que se sujeitam a regime próprio. O art. 966 do Código Civil diz que empresário é a pessoa natural ou jurídica que exerce em caráter profissional e habitual atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. Como é cediço, é o empresário quem exerce a empresa (atividade econômica organizada). Os sócios não são considerados empresários. O art. 981 do Código Civil define sociedade como um contrato celebrado entre duas ou mais pessoas, que se obrigam à partilha dos resultados. A sociedade tem *personalidade jurídica e patrimônio* distintos do dos sócios. A eventual ilimitação de responsabilidade, de acordo com o tipo societário criado, não os torna empresários. Apenas permite que respondam, *subsidiariamente*, pelas obrigações assumidas pela sociedade. Entendimento diverso obriga-nos a negar todos os pilares do direito societário. Sérgio Campinho²³ não esconde nutrir

"...simpatia pela visão de limitar a decretação da falência aos sócios que encarnarem a qualidade de empresário. Para os demais, não haveria propriamente a decretação de suas falências pessoais, mas tão somente a sujeição, fundamentalmente no âmbito patrimonial, aos mesmos efeitos jurídicos produzidos pela sentença em relação à sociedade".

Em parte - e a despeito do proveitoso conselho - discordamos. O autor admite a falência do sócio, desde que empresário. Os não-empresários seriam apanhados pelos efeitos da sentença. Para nós, não há compatibilidade entre os arts. 1º e 81 da lei de falências. Se a lei restringe a falência ao devedor empresário, como admitir sua extensão aos sócios, empresários ou não, apenas pela ilimitação de responsabilidade? Não é razoável.

²³ CAMPINHO, Sérgio. *Falência e Recuperação de Empresa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

O mote principal da atual lei de falências é a preservação da empresa e de sua *função social* ²⁴. Se se criaram novos mecanismos para preservar e recuperar empresas em crise, como admitir, por exemplo, que uma pessoa (natural ou jurídica), além de compor uma sociedade, e que também exerça atividade empresarial, seja punida pela falência da sociedade que integra, apenas pela circunstância - *ocasional* - de deter responsabilidade ilimitada?

Pergunto: sua atividade pessoal, como empresário, não deve ser também preservada? A lei não pode desprezar a evidência de que tributos e empregos também são gerados pela empresa exercida pelo sócio. Pior: e o sócio que possui responsabilidade ilimitada e sequer exerce atividade empresarial? A interpretação literal do art. 81 levaria ao absurdo de admitir-se a falência do não-empresário quando da quebra da sociedade (essa, empresária) que integra.

Numa palavra:

I - não endossamos a lição de Fábio Ulhoa de que, com a quebra da sociedade empresária, também possam falir os sócios empresários e os não-empresários que tenham responsabilidade ilimitada;

II - endossamos - em parte - a posição de Sérgio Campinho no ponto em que não admite a falência dos sócios não-empresários com responsabilidade ilimitada e naquele em que ensina que esses sócios apenas se sujeitam aos efeitos da sentença. Divergimos, quando advoga que a falência da sociedade pode ensejar a quebra de sócio - desde que empresário - com responsabilidade ilimitada.

III - para nós, apenas a sociedade empresária pode falir. Sócios com responsabilidade ilimitada - empresários ou não - não incidem em falência. Sujeitam-se, contudo, aos efeitos da sentença.

e) Efeitos da falência: suspensão das ações e execuções individuais contra o falido e contra o sócio solidário

O art. 6º da lei de falências determina a suspensão das ações e das execuções individuais em face do falido e do sócio com res-

²⁴ Art. 47.

ponsabilidade ilimitada. A regra tem por fundamento os princípios da *universalidade* e da *indivisibilidade* do *juízo falimentar*. Execuções fiscais não se suspendem²⁵. Há outras exceções. O art. 24,1º do DL nº 7.661/45 dizia, em sua primeira parte, que as execuções individuais ajuizadas em face do devedor, antes do decreto de quebra, deviam prosseguir no juízo de origem se tivessem hasta designada para arrematação dos bens apenados. O produto da arrematação era enviado ao juízo falimentar, com habilitação do exeqüente na massa falida para satisfação de seu crédito. Da mesma forma, e com muito mais propriedade, tinham seguimento nos juízos de origem as execuções iniciadas *antes* da falência, em que os bens tivessem sido arrematados ao tempo da quebra. Pagava-se ao exeqüente, e eventual saldo era entregue à massa. O objetivo da execução já se esgotara com a arrematação do bem penhorado, bem como o ato jurídico já se tornara perfeito. O exeqüente tinha à sua disposição o valor total ou parcial de seu crédito. *Não aplaudimos* a lição que manda suspender execuções anteriores à decretação da falência nessas duas hipóteses, para posterior habilitação do credor exeqüente no juízo falimentar, pois a própria lei de falência traz como princípios informadores a *celeridade* e a *economia processual* ²⁶.

f) Sociedades de economia mista

A sociedade de economia mista pode exercer atividade econômica quando necessária à segurança nacional ou a relevante interesse coletivo²⁷, ser prestadora de serviço público concedido pelo ente federativo titular do serviço ou executar, mediante contrato, atividade econômica monopolizada pela União²⁸. A doutrina majoritária diferencia as sociedades de economia mista prestadoras de serviço público das que exercem atividade econômica. Antes da nova lei de falências, José dos Santos Carvalho Filho entendia que

²⁵ CTN, art.187.

²⁶ Art. 75.

²⁷ CF/88, art.173.

²⁸ CF/88, art.177.

*"A sujeição ao regime falimentar somente pode atingir as sociedades de economia mista que exerçam atividade econômica **stricto sensu**, ou seja, de natureza empresarial, porque somente essas são equiparadas às empresas privadas. (...) Tratando-se de sociedade de economia mista que se dedique à prestação de serviços públicos, não incluídas no citado mandamento constitucional, segundo a doutrina prevalente, a insolvência deve regular-se basicamente pelo direito público (...)"*.

Quanto à penhora de bens da sociedade de economia mista, José Cretella Júnior diz que

"a resposta também é consequência direta da própria natureza da sociedade que, sendo organismo privado e, disciplinado, pois, pelas normas do direito comum, pode ter seus bens constitutivos sujeitos a penhora, como os de qualquer sociedade de direito privado. O problema da falência é de grande importância, no estudo destas sociedades, sustentando alguns autores, como Bielsa, a impossibilidade da quebra, porque o Estado colaborou com dinheiro e a quebra não é concebível, relativamente ao Estado. Em sentido contrário, pensam outros autores que distinguem entre várias espécies de sociedades de economia mista. Regra geral, como qualquer outra sociedade, a sociedade de economia mista está sujeita ao regime falimentar, mas, entrando em jogo interesses públicos, como no caso das concessionárias, a continuidade do serviço deve ser assegurada."

Newton de Lucca²⁹ sustenta que as empresas prestadoras de serviço também *podem falir*, advertindo que, em relação a elas, "com a decretação da falência ocorreria a chamada 'reversão de bens', cabendo ao Estado, por havê-los incorporado, garantir os credores até o valor dos bens revertidos". E conclui: "Em qualquer das hipóteses ... não se justifica a inaplicação do instituto da falência às socie-

²⁹ Regime jurídico da empresa estatal no Brasil, São Paulo, tese, 1986, p. 140-167

dades de economia mista. Como se não bastassem as razões apresentadas e o conflito com o preceito constitucional assinalado, também as soluções no direito comparado parecem caminhar no mesmo sentido." Somo à tese desse ilustre Professor outro argumento: o art. 195 da Lei de Falências admite a quebra das concessionárias de serviços públicos ao determinar, como efeito, a extinção da concessão, na forma da lei³⁰. A nosso ver, o art. 2º, I da Lei nº 11.101/05 ao excluir expressamente as sociedades de economia mista da falência e da recuperação judicial e extrajudicial, conferiu uma interpretação conforme à Constituição Federal, por todos os fundamentos doutrinários expostos: a vedação refere-se apenas às sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos³¹.

g) Interditos e incapazes

O art. 974 do Código Civil permite que, por meio dos pais, do autor da herança ou do representante, ou desde que devidamente assistidos, e mediante prévia autorização judicial, *interditos e menores não-emancipados* continuem o exercício da atividade de *empresário*. Nesse caso, à continuidade da empresa "precederá autorização judicial, após exame das circunstâncias e dos riscos da empresa, bem como da conveniência em continuá-la, podendo a autorização ser revogada pelo juiz, ouvidos os pais, tutores ou representantes legais do menor ou do interdito, sem prejuízo dos direitos adquiridos por terceiros"³².

Entendemos que os *interditos e incapazes* autorizados à continuação da empresa *não serão* considerados *empresários* por não estarem em pleno gozo de sua capacidade civil. A atividade empre-

³⁰ Sobre a possibilidade de as Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista serem concessionárias de serviço público, verificar EROS ROBERTO GRAU (*A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 124). Segundo o autor, as mencionadas pessoas jurídicas, por uma série de fatores, são consideradas delegadas e não concessionárias de serviço público. Contudo, "hipóteses poderão ocorrer nas quais empresas estatal controlada por uma das pessoas da federação exerce a prestação de serviço público da titularidade de outra pessoa da federação; nessas hipóteses haverá concessão de serviço. É o caso da CESP-Companhia Energética de São Paulo, empresa estatal estadual, concessionária de serviço público federal."

³¹ Segundo a técnica da interpretação conforme a Constituição, o aplicador da norma deverá escolher, dentre as diversas interpretações possíveis (presentes nas normas polissêmicas ou plurissignificativas) aquela que se compatibilize com a Constituição Federal.

³² Art. 974, § 1º.

sarial será exercida por seus representantes ou assistentes (em nome do representado ou assistido), ou, ainda, por gerentes, caso o representante ou assistente do menor ou do interdito seja pessoa legalmente impedida de exercer atividade empresarial. Segundo pensamos, a hipótese é de uma *empresa acéfala*, ou seja, há o exercício de uma empresa sem haver a figura do empresário.

Admitir a continuação da empresa pelo interdito ou incapaz tem por escopo maior a *preservação da empresa* e sua *função social*. A regra de responsabilidade do incapaz, prevista no art. 974, § 2º do Código Civil, não mais poderá ser invocada com a emancipação. A partir dos *dezesseis anos*, se o menor der continuidade à atividade, cessará a sua condição de *incapaz*, em razão da sua emancipação, aplicando-se o disposto no art. 967. Deve o empresário emancipado registrar a sua *firma individual* no órgão competente a fim de tornar-se *empresário regular*.

O art. 48 da lei de falências exige que o empresário comprove o *exercício regular de atividade empresarial* por mais de dois anos. Não vemos absurdo em se admitir o somatório do período em que a empresa, por autorização judicial, foi exercida pelo incapaz. Explico melhor: um menor que, aos treze anos de idade, obteve autorização judicial para continuar atividade empresarial herdada, pode, quando *emancipado* (16 anos), requerer sua *recuperação*, se empresário individual regular, pois, em decorrência de autorização judicial, exerce *regularmente atividade empresarial* há mais de dois anos.

h) Natureza jurídica da recuperação

Doutrina anterior à Lei nº 11.101/2005 controvertia sobre a *natureza jurídica da concordata*. Para uns, era *contratual*; para outros, *favor legal*. A maioria defendia a *natureza processual* (concordata - sentença): o pedido do devedor não estava condicionado à vontade dos credores, e tinha de ser concedido mediante *ato judicial* (sentença), sempre que preenchidos os requisitos do DL nº 7.661/45. Subsiste a divergência quanto à *natureza jurídica da recuperação*: É *negócio de cooperação*? É *contrato judicial* com feição novativa? É *contrato extrajudicial*? É *contrato de execução continuada*?

Não se nega que a recuperação procura compor credores e devedor empresário de modo a permitir a preservação da empresa e, com isso, resguardar sua função social. É, sob esse aspecto, um contrato. Conquanto os interessados diretos na recuperação sejam as partes contratantes - e ainda que admitamos a sua natureza contratual - impõe-se reflexão demorada sobre o novo instituto, especialmente sob o prisma da *boa-fé objetiva*.³³ A *boa-fé objetiva* é uma regra de comportamento jurídico *que não* depende da intenção deliberada das partes. É, antes, uma norma de tutela da *confiança legítima* da contraparte no negócio jurídico. Põe o juiz na cena do contrato, de sorte que deve, independentemente de pedido ou de intenção dos contratantes, agir de modo a impedir que a conduta aparentemente decorrente de um ato lícito provoque um dano à outra parte, à sociedade e ao próprio sistema jurídico. Na tutela da *boa-fé objetiva*, não é relevante para o juiz que a conduta das partes seja jurídica ou vinculante ou que derive de um contrato privado. O que legitima a intervenção do juiz é a possibilidade de que esse comportamento, aparentemente fundado no direito, ou no contrato, possa causar prejuízo à sociedade. Na recuperação da empresa, a doutrina deve reservar ao judiciário presença *mais relevante* que o de simples homologador da vontade das partes. Embora a prevalência do interesse público sobre o privado seja um postulado, o que se apregoa não é isso, mas uma justa composição de interesses em que também o interesse da sociedade, pelas mãos do juiz, seja determinante na decisão que defere ou homologa o pedido de recuperação da empresa. Refoge à natureza do contrato privado, expressão do voluntarismo e da individualidade, prestar-se ao papel de fonte de prejuízo social. O processo não é um negócio entre as partes e nem o juiz é seu refém. O juiz deve velar pelo conteúdo ético do processo. Por conteúdo ético, entende-se que se impõe ao juiz, como um dado *a priori*, verificar se as partes não se servem do processo para alcançar objetivo ilegal, se o devido processo legal foi assegurado, e se as partes se conduzem nos limites da função social do direito.

³³ Código Civil, art. 422.

Segundo Planiol e Ripert³⁴, *todos* os contratos fundam-se na boa-fé, porque ninguém se escusa da obrigação de agir como homem probo e consciente, não apenas na formação, mas no cumprimento dos pactos, emprestando mais valor ao efetivamente desejado que ao escrito. (...) Aos poucos, a rigorosa intangibilidade dos contratos se rarefez para dar lugar à sua função social³⁵, permitindo a sua flexibilização sempre que as condições sobre as quais tivesse sido firmado se alterassem de tal forma que somente pudesse ser cumprido de forma iníqua, injusta ou extremamente onerosa para uma das partes. A esse modelo exegético somou-se a técnica de inserir nos contratos cláusulas gerais de conteúdo normativo aberto, que, ao contrário dos contratos regulados por *fattispecie*³⁶, propiciam ao julgador aproximar-se do sentido efetivamente desejado pelas partes, e isso somente é possível se se puder desprezar o sentido puramente literal do ajustado. Até o advento da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), a expressão boa-fé tinha para nós acepção meramente subjetiva, "sinônimo de um estado psicológico do sujeito caracterizado pela ausência de malícia, pela sua crença ou suposição pessoal de estar agindo em conformidade com o direito"³⁷.

Para José Geraldo da Fonseca³⁸, a boa-fé objetiva denota, portanto, primariamente, a idéia de ignorância, de crença errônea, ainda que escusável, acerca da existência de uma situação regular, crença (e ignorância escusável) que repousa seja no próprio estado (subjetivo) da ignorância (as hipóteses do casamento putativo, da

³⁴ PLANIOL, Marcel e RIPERT, Georges. "Tratado practico de derecho civil frances", p.530-32;631-32 *apud* SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. **Contornos Dogmáticos e Eficácia da Boa-Fé Objetiva - Princípio da Boa-Fé no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Lumen-Jurs, Rio de Janeiro, 2002. p.48

³⁵ GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**, 1967, RT, São Paulo, p. 7-8.

³⁶ Em italiano, substantivo feminino invariável: caso, fato jurídico, caso em tela, fato específico: *nella fattispecie*, neste caso específico, neste caso concreto.

³⁷ TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. "A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil" *in* **Obrigações Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**, Gustavo Tepedino: Coordenador, Renovar, Rio de Janeiro, 2005, p. 29.

³⁸ Desembargador do Trabalho, 7ª Turma do TRT/RJ. "*Do venire contra factum proprium* na Justiça do Trabalho". Monografia (inédita) apresentada à Faculdade de Direito da UERJ para obtenção de certificado de conclusão do curso Obrigação como Processo, convênio UERJ/EMATRA, outubro a dezembro/2006.

aquisição da propriedade alheia mediante usucapião), seja numa errônea aparência de certo ato (mandato aparente, herdeiro aparente etc.)³⁹. Fala-se, agora, em *boa-fé objetiva*, conceito que despreza deliberadamente a intenção interior do sujeito para exigir comportamentos objetivamente comprometidos com a lealdade, a honestidade e o senso de cooperação com a contraparte para que se atinja o fim perseguido nas relações interpessoais⁴⁰. A boa-fé objetiva não é, como o disse o Prof. Gustavo Tepedino⁴¹, "uma espécie de *cheque em branco* oferecido ao magistrado para, discricionariamente, interpretar a boa-fé objetiva de maneira subjetiva, tomada como manifestação de certa *camaradagem do contratante*" (grifos do original).

Da mesma forma, fala-se, atualmente, numa completa "relativização dos contratos", especialmente com o advento do Código Civil de 2002, que acrescentou aos seus padrões clássicos três paradigmas: a *eticidade*, a *boa-fé* e a *função social*.

Descendo ao miúdo, nenhum desses "novos" formatos dogmáticos - *eticidade*, *boa-fé*, *função social* - é verdadeiramente novo, senão que se trata (às vezes é preciso ser óbvio) de um verniz recente e uma maneira de ver antigos postulados que, de uma ou de outra forma, sempre estiveram presentes no tráfego jurídico e, em menor ou maior grau, foram desejados nas relações interpessoais. (...) Para usar da expressão de Menezes Cordeiro⁴², é preciso manter

³⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 411-412 *apud* TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. "A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil" in *Obrigações Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*, Gustavo Tepedino: Coordenador, Renovar, Rio de Janeiro, 2005, p. 30.

⁴⁰ TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. *Op.cit.* p.32.

⁴¹ TEPEDINO, Gustavo. "Os Novos Contratos no Novo Código Civil". *Revista da EMERJ* - Especial EMERJ Debate o Novo Código Civil, Parte I, fevereiro a junho/2002, p.182-183.

⁴² MENEZES CORDEIRO. *Op. cit.* p. Diz o autor: "Aos tribunais pede-se, todavia, o maior critério e a maior precisão na aplicação da boa fé e, designadamente, quando isso suceda contra *ius strictum*. A possibilidade de qualquer pedido ser detido por invocado abuso, inclusive apenas no Supremo e sem que isso tivesse sido previamente discutido, introduz, nos processos, um factor de álea ou de insegurança incompatível com a justiça. Decidir de acordo com a boa fé exige, do intérprete-aplicador, um esforço analítico, conceitual e justificatório paradoxalmente muito superior ao requerido pela aplicação de normas estritas. O abuso do direito é excelente remédio para garantir a supremacia do sistema jurídico e da Ciência do Direito sobre os infortúnios do legislador e sobre as habilidades das partes. Até hoje, não se encontrou melhor. Praticamente todo o avanço qualitativo registrado, no Direito Civil e entre nós, nos últimos anos, lhe é tributário. Há que usá-lo sempre que necessário. Mas nunca pode ser banalizado: havendo solução adequada de Direito estrito, o intérprete-aplicador terá de procurá-la, só subsidiariamente se reconfortando no abuso do direito. E só conjunturas muito ponderosas e estudadas poderão justificar uma solução contrária à lei estrita".

o conceito de boa-fé dentro de "fronteiras mínimas de razoabilidade". Não há consenso nem mesmo sobre a validade ou a utilidade de uma divisão da boa-fé em subjetiva e objetiva, já que ambas se regem pela moral social, e nas duas há normatividade⁴³. O Código Civil de 2002 não faz distinção entre uma e outra, mas a doutrina civilista parece enamorada da idéia de que há mesmo duas concepções de boa-fé. Melhor: há duas boas-fés, ambas jurídicas, e cada qual com o seu contorno específico. A diferença básica entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva está em que a primeira diz respeito a algo interior ao sujeito, e a segunda, a algo exterior⁴⁴. Na primeira, o sujeito age convicto de que está fazendo valer o seu direito, e, na segunda, de que, além de fazer valer o seu direito, está se comportando de tal modo que não prejudique interesses legítimos do outro contratante, e concorrendo, efetivamente, para que o contrato se realize da forma combinada.

Em tema de recuperação de empresa, o conteúdo ético do processo põe em relevo a figura do juiz e derruba o mito de que o sucesso do pedido de recuperação depende exclusivamente do consenso das diversas classes de credores. Para esses, o juiz abdicaria da função jurisdicional para limitar-se a mero agente homologador da vontade das partes. Não é verdade. O juiz não pode ser mero coadjuvante de cena empresarial da qual nem lhe deram *script*. Como órgão do Estado, e sendo o processo um instrumento da jurisdição, deve intervir sempre que vislumbrar no pedido de recuperação protelação do devedor. *Seja dito*: deve concorrer para que o pedido de recuperação não seja embusteiro, um expediente labioso usado pelo devedor para "ganhar tempo" até a efetiva decretação de sua falência, ou para que credores em conluio impeçam ou interfiram maliciosamente na sua concessão, por meio de assembleias. Ao judiciário cabe cuidar para que o devedor não transforme pedido de recuperação em indústria rentável. Deve

⁴³ GIL, Antônio Hernández. **Obras Completas**, Tomo I - "*Conceptos jurídicos fundamentales*", p. 561 *apud* SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. **Contornos Dogmáticos e Eficácia da Boa-Fé Objetiva - O princípio da Boa-Fé no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Lumen-Juris, Rio de Janeiro, 2002, p. 12.

⁴⁴ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. **A boa fé no direito civil**. Coimbra. Almedina, 1997 *apud* SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. *Op. cit.* p. 13.

harmonizar a natureza jurídica da recuperação com a eticidade e a boa-fé objetiva.

Vejamos algumas hipóteses:

- I - determinação de ofício de prova pericial para verificação da lisura do pedido de recuperação e aferição da solvabilidade da empresa.*
- II - dilação de prazo para juntada do plano de recuperação judicial, atendendo a circunstâncias objetivas (não se está advogando o desprezo à lei de falências nem estimulando decisões contra legem, mas a flexibilização dos prazos atendendo à complexidade e à relevância do empreendimento etc)⁴⁵.*

Sempre que a recuperação da empresa se mostrar viável, o judiciário terá o dever de apreciá-la. Não se pode cometer ao juiz, na recuperação, meras funções cartorárias que o confinem ao exame dos requisitos formais do pedido inicial⁴⁶. Não combina com a utilidade da função jurisdicional reduzi-lo a colador de etiquetas de despachos escritos previamente sobre um padrão normativo que nem sempre se ajusta ao caso concreto.

6. DIREITO INTERTEMPORAL

O art. 192 da Lei de Falências é um dos mais polêmicos na doutrina, provavelmente por sua imprecisão e atecnia. A partir de uma interpretação sistemática sugerimos as seguintes proposições:

- I - O DL nº 7.661/45 se aplica às falências decretadas e concordata concedidas em sua vigência;⁴⁷*
- II - A vedação da concessão de concordata suspensiva nos processos de falência em curso, ou seja, já entrado em vigor a*

⁴⁵ Dou, como exemplo, o pedido de recuperação da VARIG. É nosso *leading-case*. Por certo não alcançaríamos resultado satisfatório se os prazos da Lei nº 11.101/05 fossem seguidos à risca. Explico: pela lei, o prazo de apresentação do plano de recuperação é de 60 dias, contados do despacho de processamento do pedido de recuperação. Tratando-se de prazo peremptório, seria socialmente razoável a decretação da quebra no eventual descumprimento desse prazo, mesmo tendo o juiz conhecimento de que se trata de complexo negocial com raízes até no exterior?

⁴⁶ Lei de Falências, art. 51.

⁴⁷ Lei de Falências, art. 192, *caput*.

atual lei de falências, pressupõe a inércia do concordatário ou indeferimento do pedido de concordata suspensiva na vigência do DL nº 7.661/45 ⁴⁸.

*III - A existência de pedido de concordata preventiva ou suspensiva não obsta ao pedido de recuperação, sendo desnecessária a comprovação do deferimento ou do cumprimento das obrigações assumidas.*⁴⁹

IV - O deferimento da continuação do negócio do falido (DL nº 7.661/45, art. 74) autoriza o pedido de recuperação do devedor quando da entrada em vigor da atual lei de falências, sob pena de não poder se valer da concordata suspensiva (art. 192, §1º) ou da recuperação.

*V - A convalidação de concordata suspensiva em recuperação implica em extinção da própria concordata ou da falência anteriormente ajuizadas, decretando-se compulsoriamente a quebra no descumprimento do plano de recuperação (art. 73 da Lei de Falências).*⁵⁰

*VI - A atual lei de recuperação aplica-se às falências decretadas em sua vigência, ainda que requeridas à época do DL nº 7.661/45, observando-se a prevalência das normas do decreto revogado até a decisão de quebra, que deve observar os requisitos do art. 99 da atual lei.*⁵¹

7. CONCLUSÃO

1º - Com a Lei nº 11.101/05, desaparece o caráter punitivo da falência. Priorizam-se a recuperação da empresa e a preservação da sua função social. A natureza da recuperação é de contrato no qual o juiz, dentro do princípio da boa-fé objetiva, tem amplos poderes ordinatórios.

2º - A preservação da empresa não é absoluta nem indiscriminada. Dentro de um critério subjetivo, cabe ao juiz decidir que empresa pode ser preservada.

⁴⁸ Lei de Falências, art. 192, § 1º.

⁴⁹ Lei de Falências, art. 192, § 2º.

⁵⁰ Lei de Falências, art. 192, § 3º.

⁵¹ Lei de Falências, art. 192, § 4º.

3º - A Lei nº 11.101/05 inibe a possibilidade de que a falência seja utilizada como meio de cobrança, ao estipular valor superior a quarenta salários mínimos para requerimento de quebra fundado na impontualidade do devedor.

4º - Credor cujo crédito não alcance o mínimo legal (40 salários mínimos) não se pode valer de protesto levado a efeito por terceiro para comprovar a impontualidade do devedor em relação a seu crédito, exceto na hipótese de litisconsórcio ativo.

5º - Nomeação insuficiente de bens à penhora somente enseja pedido de falência do executado com fundamento na execução frustrada se o juízo não for garantido após eventual concessão de prazo dilatatório.

6º - A lei de falências somente confere legitimidade ativa ao credor empresário, se regular. Há tratamento desigual do credor não-empresário porque não se lhe exige regularidade.

7º - A lei de falências legitima qualquer credor com garantia real a requerer falência do devedor desde que renuncie a essa garantia, ou comprove que tal garantia não baste para a satisfação do ser crédito.

8º - Admite-se o requerimento de falência apenas por credor titular de crédito vencido.

9º - A lei de falências legitima qualquer credor a pedir a quebra do devedor empresário, mas, ao contrário do decreto revogado, não a estende ao titular de crédito vincendo.

10º - O Ministério Público tem legitimidade ativa para requerimento de falência do devedor empresário na execução de ação civil pública e no termo de ajustamento de conduta.

11º - Menor emancipado aos dezesseis anos, se empresário individual, pode falir. Se cometer crime falimentar, considera-se ato infracional, com aplicação do ECA.

12º - Impedidos por lei de exercer atividade empresarial incidirão em falência se o fizerem, apesar de não ter a lei atual repetido a regra do decreto revogado.

13º - O sócio não incide em falência apenas em razão do tipo de responsabilidade assumida na sociedade. Sujeitam-se, tão-só, aos efeitos da falência da sociedade empresária.

14º - O empresário rural somente incide em falência se a principal atividade desenvolvida for rural e optar pelo registro dos atos no órgão competente. Coexistindo atividades industrial e rural, analisa-se a preponderante.

15º - O art. 2º, I da Lei nº 11.101/2005 exclui expressamente as sociedades de economia mista da falência; sustentamos a interpretação restritiva desse dispositivo, por todos os fundamentos doutrinários expostos. A vedação refere-se apenas às sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos.

16º - Não se suspendem execuções iniciadas antes da quebra se houver praça designada. Nessa hipótese, o produto da arrematação deve ser enviado à massa, seguindo-se habilitação do credor-exeqüente. Se tiver havido arrematação quando da quebra, satisfaz-se o exeqüente e destina-se à massa o que sobejar.

17º - Os incapazes que obtiveram autorização judicial para continuação de empresa herdada podem, a partir da emancipação e desde que observados os requisitos legais, pedir recuperação e aproveitarem-se do somatório do prazo anterior em que a empresa era exercida por força de alvará judicial. 