

DAS DISPOSIÇÕES PRELIMINARES E DAS DISPOSIÇÕES COMUNS À RECUPERAÇÃO JUDICIAL E À FALÊNCIA

JOSÉ DA SILVA PACHECO

SUMÁRIO: 1 — Introdução. 2 — Do objeto e do escopo da lei. 3 — Da recuperação judicial. 4 — Da recuperação extrajudicial. 5 — Da falência. 6 — Dos sujeitos desses processos. 6.1 — Do empresário. 6.2 — Da sociedade empresária. 6.3 — Da referência, nesta lei, a devedor. 7 — Da exclusão da incidência desta lei. 8 — Da competência para homologar recuperação extrajudicial, deferir recuperação judicial e decretar a falência. 9 — Das obrigações não exigíveis nestes processos. 10 — Da suspensão da prescrição e das ações e execuções contra o devedor. 11 — Das ações e execuções que não são suspensas. 12 — Da prevenção da jurisdição. 13 — Do veto ao art. 4º por ser supérfluo. 14 — Considerações finais.

1 — Introdução

A Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, para entrar em vigor cento e vinte dias após a sua publicação no DOU de 10.02. deste ano, veio regular a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e sociedade empresária, revogando o Decreto-Lei n. 7.661 /45, depois de remorada tramitação do projeto, por mais de uma década, nas duas Casas do Legislativo, a ensejar, tanto no seu âmbito interno, como fora delas, incitante discussão sobre variados aspectos da complexa matéria relativa ao direito concursal.

Nesse período, tivemos oportunidade de salientar a manifesta defasagem do sexagenário Decreto-Lei, ora revogado, e a tendência universal por novos institutos que não implicassem, necessariamente, na liquidação de empresas com o exclusivo intuito de satisfazer credores.

Até as duas primeiras décadas do Século passado, tinha-se em vista, em todos os países, a execução coletiva e universal para apreensão de todo o patrimônio do devedor, a fim de puni-lo e, em concurso, satisfazer os credores. Apresentava-se evidente o seu caráter binário, por envolver, apenas, o interesse dos credores, que eram obrigados a fazer valer os seus direitos em concurso, e o desapossamento de todos os bens do devedor para satisfação daqueles. Considerando que o patrimônio do devedor era a garantia geral de seus credores, o direito falimentar resumia-se em estabelecer regras fundamentais para assegurar a perfeita igualdade entre credores da mesma classe, seguindo o tradicional princípio romano da *par condicio creditorum*.

Após a grande depressão, de 1929, que repercutiu em todos os países, com as frequentes crises nas indústrias, iniciou-se um movimento, no sentido da continuação da empresa e não da sua total liquidação, admitindo-se concordatas e acordos preventivos, na Alemanha, em 1.935 e na Itália, em 1.942; reorganização de sociedades, nos Estados Unidos, em 1.938; administração controlada, na Itália e na Espanha, em 1942.

Acelerou-se esse movimento, após a Segunda guerra mundial, sob marcante influência do direito econômico, enfatizando os debates sobre veredas a seguir para o reerguimento das empresas em crise, encarecendo a distinção entre dirigente, proprietário do capital, sociedade empresária, e empresa; os meios de soerguimento empresarial e de tornar célere o processo de sanção pessoal do dirigente fraudulento.

Tinha-se em vista: a) o afastamento do dirigente doloso, fraudulento ou prevaricador; b) proteção à empresa, a fim de prosseguir como unidade dinâmica e produtiva, em prol da economia local, regional e nacional, e com isto, em prol, também, dos trabalhadores; c) apenas, excepcionalmente, a eliminação da empresa inviável, para sanear o crédito e limpar a ordem econômica de unidades com ela incompatíveis.

Considerando-se a empresa como a atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens ou de serviços, o empresário que a exerce, profissional e habitualmente, tem, permanentemente necessidade de pessoal habilitado, capital, recursos naturais e tecnologia, retirando-os dos mercados de fatores de produção, de trabalho, de capitais e de tecnologia. Por outro lado, exige, também, a pujança do mercado consumidor dos bens e serviços produzidos.

É, pois, a empresa uma geratriz de utilidades, uma atividade contínua e permanente, que ao ser profissionalmente exercida pelo empresário ou sociedade empresária, torna-se um dínamo rotativo de energias variadas, absorvidas dos respectivos mercados, para a produção de bens e serviços em benefício do

mercado consumidor, condicionando, desse modo, o desenvolvimento local, regional ou nacional. Sua função precípua é a produção ou circulação de bens e serviços, com o máximo de rendimento e eficiência, mas concomitantemente cria emprego de material, de capital, de pessoal, de tecnologia, gerando lucro, salário, juros, impostos e desenvolvimento.

Se, ocasionalmente, um empresário ou sociedade empresária entra em crise, com alteração repentina no curso de seus negócios, trazendo-lhe problemas de natureza econômica, financeira ou técnica, é razoável, hoje em dia, que a ordem jurídica lhe ofereça anteparos, visando a salvação imediata da empresa, propiciando o seu soerguimento, tendo em vista, não somente a sua estrutura jurídica e econômica, mas, principalmente, sua dimensão social.

Sob o influxo desse movimento, surgiram, nos diversos países, como expusemos em nosso Processo de Falência e concordata, 13ª ed., várias fórmulas especiais.

Assim, nos Estados Unidos, após o American Bankruptcy Act de 1800, o Bankruptcy Act de 1898, complementado pela Chandler Act de 1938, surgiu o Bankruptcy Reform Act de 1978, em vigor a partir de 1979, possibilitando que, diante da insolvência técnica ou financeira da empresa, haja soluções voluntárias ou reorganização proposta por terceiro.

Na França, após o regulamento judiciário e suspensão de pagamento das empresas insolventes, de 1967, sobrevieram: a) o processo de reerguimento judiciário da Lei 85/98, de 25.01.1985, com alterações subsequentes, notadamente da Lei n. 88-1202, de 30.12.1988, destinado a manter a atividade e o emprego na empresa impossibilitada de atender seu passivo com o seu ativo disponível; b) a Lei n. 94-910, de 21.10.1994, relativa à prevenção e ao tratamento das dificuldades das empresas.

Na Inglaterra, o Insolvency Act 1986, de 25 de julho de 1986, consolidou as regras sobre a insolvência e falência, permitindo o voluntary arrangement. O processo tanto para este quanto para a falência, passou a basear-se na insolvência do devedor (Seção 268), salientando as Seções 356 a 362 os atos que podem constituir crimes falenciais. Cuida, também, dos profissionais habilitados, da pública administração, da penalização ou correção das malversações ou danos, e anulações das transações prejudiciais e fraudulentas.

Em Portugal, o Decreto-Lei n. 132, de 25.04.1993, aprovou o Código de Processos Especiais de Recuperação da empresa e de falência, revogando os arts. 1.135 a 1.325 do Código de Processo Civil. Consoante o disposto no art. 1º, com a redação introduzida pelo Dec.-Lei n. 315/98, de 20 de outubro de 1988: “1 — toda empresa em situação econômica difícil ou em situação de

insolvência pode ser objeto de uma medida ou de uma ou mais providências de recuperação ou ser declarada em regime de falência. 2 — só deve ser decretada a falência de empresa insolvente quando ela se mostre economicamente inviável ou se não considere possível, em face das circunstâncias, a sua recuperação financeira. 3 — sem prejuízo dos efeitos patrimoniais da existência, de personalidade jurídica distinta, é permitida a coligação ativa ou passiva de sociedades que se encontrem em relação de domínio ou de grupo, nos termos do código das sociedades comerciais, ou que tenham os seus balanços e contas aprovados consolidadamente”. Nos termos do art. 3º, com a redação do Dec.-lei n. 315/98, “1 — É considerada em situação de insolvência a empresa que se encontre impossibilitada de cumprir pontualmente as suas obrigações em virtude de o seu activo disponível ser insuficiente para satisfazer o seu passivo exigível. 2 — é considerada em situação econômica difícil a empresa que, não devendo considerar-se em situação de insolvência, indiciе dificuldades econômicas e financeiras, designadamente por incumprimento de suas obrigações”. Além da insolvência e falência, admite-se, também, uma situação econômica difícil. A empresa insolvente ou em situação econômica difícil que se considere economicamente viável e julgue superável a situação em que se encontra pode requerer ao juízo a providência de recuperação adequada (art. 5º).

Como assinalou a exposição que justificou a aprovação dessa lei de Portugal, “só quando a atividade econômica produtiva das comunidades começou a concentrar-se, já em plena Revolução Industrial, em torno das grandes sociedades empresárias e à medida que a dimensão social da empresa se foi acentuando nas reações da coletividade, as legislações se viram forçadas, pouco a pouco, a modificar o seu ângulo de visão”.

Entretanto, a nossa legislação falimentar, de 1945, o projeto, de 1993 e as respectivas emendas, subemendas e substitutivos, até há bem pouco tempo, insistiam em não dar importância à tendência universal que vinha, crescente e generalizadamente, apontada pela doutrina e pela legislação dos povos cultos.

É, pois, com alívio que recebemos o substitutivo final aprovado, que se transformou na Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

Esta lei, recém editada, está dividida em oito capítulos, respectivamente dedicados às Disposições preliminares (arts. 1º a 3º); às Disposições comuns à recuperação judicial e à falência (arts. 5º a 46), à recuperação judicial (arts.

417 a 72); à Convolução da recuperação judicial em falência (arts. 73 a 74), à Falência (arts. 75 a 160), à Recuperação extrajudicial (arts. 161 a 167), às Disposições penais (arts. 168 a 188), e às Disposições finais e transitórias (arts. 189 a 201).

Vamos, em seguida, concentrar nossa atenção, simplesmente às Disposições preliminares (Cap. I, arts. 1º a 3º), e, em face da conexidade, às Disposições gerais à recuperação judicial e à falência (Seção I do Cap. II., arts. 5º e 6º).

2 — Do objeto e do escopo da nova lei

A Lei n. 11.101, de 2005, tem por objeto regras referentes à recuperação judicial, à extrajudicial e à falência, aos crimes específicos, bem como ao processo daquelas e ao procedimento destes.

Em resumo, tem por objeto o novo e complexo processo concursal.

O art. 1º da nova lei usa o verbo disciplinar (do latim *disciplinor*), que significa adestrar, amestrar, instruir, motivo pelo qual era mais usado no sentido de instruir nos precitos de alguma arte, principalmente militar. Com referência às leis, preferia-se dizer que elas estabelecem, instituem, preceituam, regulam certos fatos ou atos, deixando o verbo disciplinar para as hipóteses de instruir soldados, equipes, trânsito, ou sujeitar alguém à disciplina interna de qualquer organização ou escola.

No presente caso, há que se interpretar o art. 1º, no sentido de que esta lei regula e estabelece regras a respeito da recuperação judicial, extrajudicial e falência, que se estendem, além dos respectivos processos, às disposições penais e às disposições transitórias.

Toda prescrição ou preceito legal tem, geralmente, um escopo, um alvo, um fim, a que se pretenderam corresponder os legisladores que a inscreveram na lei. Assim, após a promulgação desta, a lei positiva, e cada uma de suas regras devem ser entendidas de modo que satisfaçam aquele propósito, pois o fim colimado é o elemento fundamental para descobrir o sentido e o alcance delas.

Como acentuamos na introdução supra, sob o item 1, a lei deve ter por escopo atender os anseios e tendências manifestas na segunda metade do século XX e princípio deste século XXI, no sentido de salvaguardar a empresa, que tem uma função social e, por isso, deve subsistir às crises, em benefício dos que nela trabalham, da comunidade em que atua, dos mercados de fatores de produção e de consumo do local, da Região, do Estado e do País.

Sendo a empresa considerada como peça do equipamento produtivo nacional e um significativo elemento da vida local e da economia regional, a sua eliminação, quando evitável, representaria agressão ao equilíbrio social, de que o Poder Público, hoje em dia, não pode deixar de impedir.

Em resumo, pois, o objeto da nova lei consiste de regras referentes à recuperação judicial, à extrajudicial e à falência e os respectivos processos concursais, e de regras penais e procedimentais dessa espécie.

As regras, objeto desta lei, têm por escopo: a) propiciar à empresa, ante crises econômico-financeiras, meios adequados a soerguer-se e prosseguir como unidade dinâmica e produtiva; b) beneficiar seus trabalhadores, quem lhe fornece capital, seus credores, seus consumidores, seus fornecedores, e a coletividade local; c) reservar a falência para a empresa inviável; d) punir o dirigente fraudulento.

Ao focalizar o art. 1º, a abrir o capítulo I, relativo às Disposições preliminares, constata-se que ele adianta e anuncia que a nova lei regula: a) a recuperação judicial, extrajudicial e a falência; b) para o empresário e a sociedade empresária que são, no texto da lei, mencionados simplesmente como devedor. Dessa constatação, resultam ligeiras considerações sobre: a) os referidos processos concursais; b) os sujeitos desses processos; c) os excluídos da incidência da nova lei; d) a competência para os referidos processos, como a seguir faremos.

3 — Da recuperação judicial

Como, expressamente, prediz o art. 1º, um dos objetos da nova lei é a regulação da recuperação judicial, para o que apresenta disposições comuns a ela e à falência (arts. 5º a 46) e um capítulo específico (arts. 47 a 72), além de outro capítulo sobre a convalidação da recuperação judicial em falência (arts. 73 a 74).

Tanto o empresário quanto a sociedade empresária, que preenchem os requisitos previstos no art. 48, podem pleitear, perante o juízo do local do seu principal estabelecimento, a recuperação judicial, com a exposição das causas da situação patrimonial e das razões da crise econômico-financeira.

Se o juiz deferir o processamento por estar em ordem a documentação exigida, tem o devedor que apresentar um plano de recuperação, demonstrando a sua viabilidade econômica, acompanhado de laudo de profissional habilitado ou de empresa especializada a respeito da sua situação econômico-financeira e dos valores dos seus bens e ativos.

Cumpridas as exigências contidas nas regras da recente lei, o juiz poderá conceder a recuperação judicial, cujo plano não tenha sofrido objeção de credores ou tenha sido aprovada pela assembléia-geral de todas as classes de credores: trabalhista, com garantia real, quirografários e com privilégio especial ou geral.

A recuperação judicial propende a viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do empresário ou sociedade empresária, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, desse modo, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica, tal qual estabelece o art. 47 da lei recentemente editada.

Observada a legislação pertinente a cada caso, prevê o art. 50, dentre outros, os seguintes meios de recuperação: a) concessão de prazos e condições especiais para pagamento de obrigações vencidas e vincendas; b) cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios; c) alteração do controle acionário; d) substituição total ou parcial dos administradores ou modificação dos seus órgãos administrativos; e) concessão aos credores o direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação a matérias especificadas no plano; f) aumento do capital social. g) trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados; h) redução salarial, compensação de horários e redução de jornada, mediante acordo ou convenção coletiva; i) dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro; j) constituição de sociedade de credores; k) venda parcial de bens; l) equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica; m) usufruto da empresa; n) administração compartilhada; o) emissão de valores mobiliários; p) constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.

Ao deferir o juiz o processamento da recuperação judicial, ficam suspensas todas as ações e execuções em relação ao devedor.

4 — Da recuperação extrajudicial

Conforme predispõe o art. 1º esta lei regula, também, a recuperação extrajudicial, no cap. VI, arts. 161 a 167.

O empresário ou sociedade empresária que preencher os requisitos do art. 48, pode propor e negociar com os credores um plano de recuperação extrajudicial.

Em seguida, poderá requerer ao juízo do local do seu principal estabelecimento a homologação: I — do plano, com a juntada da sua justificativa e do documento que contenha os seus termos e condições, com a assinatura dos credores que a ele aderiram; II — do plano que vise obrigar todos os credores, desde que assinado por credores que representem mais de 3/5 (três quintos) de todos os créditos de cada espécie por ele abrangidos.

O plano poderá abranger a totalidade de uma ou mais espécies dos seguintes créditos: a) créditos com garantia real; b) créditos com privilégio especial; c) créditos com privilégio geral; d) créditos quirografários; e) créditos subordinados. Desde que homologado, obriga todos os credores das espécies por ele abrangidas, em relação aos créditos anteriores ao pedido de homologação. Não abrange os créditos trabalhistas, os decorrentes de acidente de trabalho, e nem de créditos tributários (art. 161, § 1º e 163, § 1º).

O plano não poderá compreender pagamento antecipado de dívidas nem tratamento desfavorável aos credores trabalhistas, por acidente de trabalho ou tributários.

O pedido de homologação de plano de recuperação extrajudicial não acarreta suspensão de direitos, ações ou execuções dos credores em relação ao devedor, nem impede qualquer pedido de falência pelos credores não sujeitos ao plano de recuperação.

A sentença de homologação do plano extrajudicial constitui título executivo judicial, de acordo com o art. 584, inciso III do Código de Processo Civil.

Não está o empresário ou a sociedade empresária, impossibilitado de realizar outras modalidades de acordo privado entre ele e seus credores, não mais prevalecendo a hipótese prevista no art. 2º do Decreto-lei n. 7.661/45 como causa de falência.

5 — Da falência

Aponta o art. 1º, também, que a lei n. 11.101, de 2005, regula a falência, o que é feito, especialmente no Capítulo V, arts. 75 a 160, e no capítulo II, em disposições comuns (arts. 5º a 46), com o escopo de preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis da empresa, com o afastamento do devedor de suas atividades.

Podem requerê-la: a) o próprio devedor em crise econômico-financeira que não se considere em condições de atender aos requisitos legais para pleitear sua recuperação judicial; b) o cônjuge sobrevivente, qualquer herdeiro do devedor ou o inventariante; c) o cotista ou acionista da sociedade devedora na forma da lei ou do ato constitutivo da sociedade; d) qualquer credor.

Ensejam e justificam o pedido a ocorrência dos fatos arrolados pelo art. 84 da nova lei, que uma vez comprovados, autoriza a decretação da falência. Constituem, pois, causas ensejadoras da sua decretação: a) o não pagamento, no vencimento, sem relevante razão de direito, de obrigação líquida constante de títulos protestados, cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários mínimos na data do pedido; b) a falta de pagamento, de depósito ou nomeação de bens à penhora, dentro do prazo legal, quando executado o devedor por quantia líquida; c) a prática de liquidação precipitada de ativos ou de atos ruinosos ou fraudulentos para realizar pagamentos; d) a alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não, assim como a realização de atos tendentes a retardar pagamentos ou fraudar credores ou atos simulados; e) a transferência de estabelecimento a terceiro, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo; f) a simulação relativa à transferência do principal estabelecimento, com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização, ou para prejudicar credor; g) a outorga de garantia a dívida contraída anteriormente, sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo; h) a ausência sem deixar representante com recursos para pagar os credores, o abandono do estabelecimento, a ocultação do domicílio, do local da sede, ou de seu principal estabelecimento; i) deixar de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial.

A nova lei não reproduziu o que constava do art. 2º, inciso III do Decreto-lei n. 7.661/45, como causa de falência porque assegura ao devedor apresentar plano de recuperação em que pode haver proposta de dilação, remição ou cessão de bens, sem que tais fatos caracterizem a falência. Pelo mesmo motivo, a nova lei, ao referir-se aos sete últimos fatos por nós relacionados sob as letras, c, d, e, f, g, h, i acima, excepcionou as hipóteses deles integrarem plano de recuperação judicial. Insta esclarecer, todavia, que do plano não pode constar ato simulado nem fraudulento, malicioso ou de intento meramente retardante.

A nova lei regula, de modo especial a autofalência (arts. 105 a 107) e a convação da recuperação judicial em falência (arts. 73 e 74).

A sentença que decreta a falência produz, entre outros, os seguintes efeitos: 1º) determina o vencimento antecipado das dívidas do empresário ou

da sociedade empresária falidos; 2º) acarreta a falência dos sócios ilimitadamente responsáveis, que ficam sujeitos aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à sociedade devedora; 3º) suspende todas as ações e execuções contra o falido, ressalvadas as hipóteses de que trataremos adiante; 4º) inabilita o falido para exercer qualquer atividade profissional.; 5º) sujeita à arrecadação todos os bens do falido que ficarão sob a guarda do administrador judicial ou de pessoa por ele escolhida, sob a responsabilidade daquele, podendo o falido ou seu representante ser nomeado depositário; 6º) sujeita todos os credores, que somente podem exercer os seus direitos sobre os bens do falido ou do sócio ilimitadamente responsável, na forma estabelecida pela nova lei, devendo habilitar os seus créditos no prazo de quinze dias a partir do edital com a referida sentença.

Consolidado o quadro-geral de credores, com o resultado da realização do ativo, após realizadas as restituições e pagos os créditos extraconcursais, será feito o pagamento dos credores, respeitando a classificação, prevista no art. 83 da nova lei. Os créditos trabalhistas, de natureza salarial referentes aos três meses anteriores à decretação da falência, até o limite de cinco salários mínimos por trabalhador, serão pagos tão logo haja disponibilidade em caixa.

6 — Dos sujeitos desses processos

Como decorre do exame do art. 1º, tanto a recuperação judicial, quanto a extrajudicial e a falência referem-se ao empresário ou à sociedade empresária.

6.1 — Do empresário

Consoante o disposto no art. 966 do Código Civil, considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens e de serviços. Nesse conceito ressaltam-se três elementos: a) atividade econômica para a produção ou circulação de bens ou serviços; b) de forma organizada; c) de modo profissional. Quanto ao primeiro elemento, impõe-se salientar: a) que se trata de atividade criadora de riqueza, de bens e serviços para o mercado consumidor, de que se exclui a atividade destinada, exclusivamente, ao consumo direto da pessoa ou da família de quem atua, ainda que com a colaboração de terceiros; b) que, através dessa atividade empregue-se trabalho e capital, assim como satisfaça a demanda de bens e serviços, por parte do mercado.

Quanto ao segundo elemento, relativo à forma organizada, significa que o empresário procede à “organização do trabalho alheio e do capital próprio ou alheio, que implica, da parte do empresário, na prestação de um trabalho de caráter organizador e assunção de risco técnico e econômico correlato”, como assentava Alberto Asquini (in *Profili dell’impresa*, in *Revista de Diritto commerciale*, vol. 41, I, e tradução de Fabio Konder Comparato, in *Ver. Dir. Mercantil*, SP. n. 104, pág. 114).

O terceiro caráter de profissionalidade implica em que a atividade econômica organizada deve ser exercida de modo contínuo, constante, perseverante com o fito de produção para a troca de bens ou serviços, com o objetivo de lucro. Exclui-se, desse modo, a atividade dispersa, ocasional, esporádica ou intermitente.

Em síntese, pois, para configurar-se o empresário individual, insta que pessoa natural, sob firma constituída por seu nome, completo ou abreviado (art. 1.156 CC), devidamente inscrita na Junta Comercial do Registro público de empresas (arts. 967, 968 e 1.150 do CC): I — exerça atividade econômica, destinada à criação de riqueza, pela produção de bens ou serviços para o mercado, ou para a circulação dos bens ou dos produtos produzidos; II — exerça-a de forma organizada, através da coordenação dos fatores de produção — trabalho, capital, recursos naturais — em medida e proporção variáveis conforme o objetivo final; III — exerça-a, de modo habitual, sistemático, contínuo e profissional, em nome próprio e com ânimo de lucro.

É obrigatória a inscrição do empresário individual no registro Público de Empresas do local e da sede de sua atividade empresarial (arts. 967 e 1.150 CC). A inscrição do empresário é feita mediante requerimento, contendo: a) o nome, nacionalidade, domicílio, estado civil, e, se casado, o regime de bens; b) a firma com a respectiva assinatura autografada, ou seja, de próprio punho do empresário; c) o capital; d) o objeto e a sede da atividade empresarial (art. 968 CC).

O exercício da atividade econômica organizada, com objetivo de lucro, pelo empresário individual, é feita, geralmente, sob uma firma constituída pelo nome completo ou abreviado da pessoa natural, aditando-lhe, se houver preferência nesse sentido, designação mais precisa de sua pessoa ou do gênero da atividade (art. 1.156 CC), sendo obrigatória a inscrição no Registro Público de Empresas (arts. 967 e 968 CC).

Quem exerce essa atividade empresarial, nesse caso, é uma pessoa natural, que responde pelos seus atos, com seu próprio patrimônio.

6.2 — *Da sociedade empresária*

Além do empresário individual, sujeita-se à recuperação judicial, extrajudicial e falência, a sociedade empresária.

Sendo as sociedades pessoas jurídicas (art. 44, II CC), e distinguindo-se elas em razão de sua forma, em sociedade empresária e sociedade simples (arts. 982 e 983 CC)), a pessoa jurídica somente será considerada empresária quando for sociedade que tenha por objeto a exploração habitual de atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços com a finalidade de lucro, sob uma das formas previstas nos arts. 1.039 a 1.044 do Código Civil.

Essas pessoas que são sociedades empresárias, revestidas da forma de sociedade em nome coletivo (arts. 1.039 a 1.044), de sociedade em comandita simples (arts. 1.045 a 1.051), de sociedade limitada (arts. 1.152 a 1.087), de sociedade anônima (arts. 1.088, 1.089 e Lei n. 6.404/76, com as alterações das leis n. 9.457/97 e 10.303/2.001), ou de sociedade em comandita simples (arts. 1.090 a 1.092), obrigadas ao registro (arts. 967, 982 e 1.150) e à escrituração especial (arts. 1.179 e 1.180) estão sujeitas à falência por força do disposto no art. 1º da nova lei de recuperação e falência.

A sociedade empresária adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro a cargo das Juntas Comerciais (arts. 45, 985 e 1.150 CC) e, a partir daí, começa a sua existência legal (art. 45 CC), distinta da de seus sócios, passando, em consequência: a) a ter capacidade jurídica de ser sujeito de direito e obrigações; b) a ter patrimônio próprio e autonomia patrimonial; c) a ter nome próprio; d) a ter nacionalidade própria; e) a ter domicílio próprio.

Contudo, em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, admite o art. 50 do Código Civil a desconSIDERAÇÃO da referida personalidade.

A sociedade empresária pode pleitear a sua própria falência ou a sua recuperação judicial ou extrajudicial, bem como requerer a falência de terceiros.

6.3 — *Da referência, nesta lei, a devedor*

O art. 1º, in fine, destaca que no texto da lei, toda vez que ela mencione devedor, tem-se como se referindo ao empresário ou sociedade empresária que está sujeita à recuperação judicial, extrajudicial ou falência.

Por fim, nas disposições finais, o art. 190 completa: todas as vezes que esta lei se referir a devedor ou falido, compreender-se-á que a disposição também se aplica aos sócios ilimitadamente responsáveis.

7 — Da exclusão da incidência desta lei

O art. 2º desta lei é expresso no sentido de que ela não incide e, por esse motivo, não se aplica: a) à empresa pública; b) à sociedade de economia mista; c) à instituição financeira pública e privada; d) à cooperativa de crédito; e) ao consórcio; f) à entidade de previdência complementar; g) à sociedade operadora de plano de assistência à saúde; h) à sociedade seguradora; i) à sociedade de capitalização; j) a outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

Destinando-se a empresa pública à organização e exercício de atividade econômica a que o Estado seja levado a desempenhar em face de imperativo da segurança ou de relevante interesse público, não está sujeita à falência. Sobre a empresa pública são pertinentes o Dec.-Lei n. 200/67, arts. 4º, II, b; 5º, II e o Dec.-Lei n. 900/69, art. 5º, assim como a Constituição Federal, arts. 22, XXVII, 37, XVII, XIX e 173.

A sociedade de economia mista, criada por lei, com capital público e privado para atividade econômica necessária ao interesse coletivo ou a segurança nacional, também não se sujeita à lei de recuperação e falência, por força do disposto em seu art. 2º. Anteriormente, o art. 242 da Lei n. 6.404/76 dispunha não estar a sociedade de economia mista sujeita à falência, mas seus bens seriam penhoráveis, e a controladora responderia, subsidiariamente por suas obrigações. A Lei n. 10.303, de 31 de outubro de 2001, porém, revogou, expressamente, o art. 242 da Lei n. 6.404/76. Agora, prevalece o disposto no art. 2º da Lei n. 11.101 de 9 de fevereiro de 2005, excluindo a sociedade de economia da sua incidência.

As instituições financeiras públicas e privadas, que são objeto da Lei n. 4.595/64, arts. 17 a 41; Lei n. 6.024/74, Lei n. 9.447/97; Dec.-Lei 2.321/87; Lei n. 9.710/98; Lei n. 10.194/2001 e Lei complementar n. 105/2.001, não estão sujeitas à lei de que ora tratamos, que não lhes é aplicável.

As cooperativas de crédito, igualmente estão fora da incidência desta lei, sendo-lhe aplicáveis a Lei n. 6.024/74, art. 1º; Lei n. 9.447/97 e Res. Bacen, n. 12.771, de 2000.

Não é a Lei n. 11.101, de 2005 aplicável ao consórcio, que é objeto da Lei n. 6.404/76, arts. 278 e 279; Circular n. 2.766, de 1.987 (DOU de 04.07.1997); Lei n. 8.078/90, art., 52, § 2º; Lei n. 8.666/93, arts. 4º e 33; lei n. 8.987/95, art. 19.

A Lei n. 11.101, de 2005 não é aplicável, também: a) à entidade de previdência complementar, adstrita às normas da Lei Complementar n. 108, de 2001, art. 1º e seguintes, à Lei Complementar n. 109, de 29.05.2001 e Lei n. 6.435/77; b) à sociedade operadora de plano de assistência à saúde, objeto

da Lei n. 9.867/99. CF., art. 199, Lei n. 9.656/98, art. 23; c) à sociedade seguradora, que é objeto do Dec.-Lei n. 73, art. 26; Lei n. 10.190, 14.02.2001; d) à sociedade de capitalização (p. ex.: Dec.-Lei n. 261, de 28.02.67); e) às entidades legalmente equiparadas às anteriores.

8 — Da competência para homologar recuperação extrajudicial, deferir recuperação judicial e decretar a falência

O juízo do local do principal estabelecimento do empresário ou da sociedade empresária é o competente para: a) homologar o plano de recuperação extrajudicial; b) deferir o processamento da recuperação judicial; c) decretar a falência.

A sociedade estrangeira, qualquer que seja o seu objeto, tem de ter autorização para funcionar em nosso país, ainda que por estabelecimento subordinado.

Autorizada a funcionar, tem de estar inscrita no registro do lugar em que deve estabelecer, devendo constar do registro o lugar da sucursal, filial ou agência em nosso País.

Consequentemente, fica a sociedade estrangeira autorizada e registrada sujeita às leis e aos tribunais brasileiros, em relação aos atos e operações praticados no Brasil.

Logo, tratando-se empresa estrangeira, o juízo competente para qualquer dos processos acima indicados, é o do local em que se situa a filial, sucursal ou agência em nosso país.

Como ela é obrigada a ter, permanentemente, representante no Brasil, com poderes para resolver quaisquer questões, pode atuar no juízo do local em que se situa o estabelecimento no País.

Assim, a competência para homologar plano de recuperação extrajudicial, deferir o processamento da recuperação judicial e decretar a falência é o do local do principal estabelecimento do devedor, ou do estabelecimento subordinado, em se tratando de empresário com sede no exterior.

Se na comarca houver mais de um juízo, a distribuição do pleito a um deles, previne a jurisdição para qualquer outro pedido relativo ao mesmo devedor (art. 6º, § 8º).

9 — Das obrigações não exigíveis

Consoante o disposto no art. 5º da nova lei, entre as disposições gerais comuns à recuperação judicial e à falência, nestes processos não são exigíveis:

a) as obrigações a título gratuito; b) as despesas feitas pelos credores para tomar parte na recuperação judicial ou falência, ressalvadas as decorrentes de litígio com o devedor.

Todas as obrigações resultantes de atos de mera liberalidade, por serem gratuitos, praticados pelo devedor, sem a correspondente contrapartida, são insuscetíveis de serem declarados. Qualquer ato de liberalidade, doações, favores, sejam quais forem as formas ou os instrumentos usados, não podem ser reclamados nesses processos concursais.

As despesas relativas a tornar líquido o crédito e à habilitação, com advogados, perito, custas, não são exigíveis. Por elas respondem os próprios credores.

Contudo, se em litígio com o devedor, foi este condenado em custas e honorários, estas despesas são cobráveis pelo credor.

10 — Da suspensão da prescrição, das ações e execuções contra o devedor

A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende: a) o curso da prescrição, em relação ao devedor; b) as ações e execuções dos credores particulares do sócio solidário.

O art. 6º é expresso nesse sentido, usando o verbo suspender, motivo pelo qual não deve ensejar a discussão antiga sobre se ocorreria suspensão ou interrupção. A suspensão da prescrição refere-se às obrigações de responsabilidade do devedor. Não se relaciona às obrigações dos credores ou de terceiros para com o falido e a massa. A suspensão da prescrição compreende somente as obrigações de responsabilidade do devedor e a do sócio solidário e ilimitadamente responsável, por que eles e os seus bens ficam sujeitos aos efeitos da sentença.

Por esse motivo, ao ser deferido o processamento da recuperação judicial, o juiz determina a suspensão das ações e execuções que estejam sendo processadas, em qualquer outro juízo.

Os autos permanecem no juízo, em que estiverem aquelas sendo processadas.

Do mesmo modo, a sentença que decretar a falência ordenará a suspensão de todas as ações e execuções contra o falido.

A decretação da falência sujeita todos os credores, que somente poderão exercer os seus direitos sobre os bens do falido e do sócio ilimitadamente responsável. Por esse motivo, a referida sentença suspende as ações e execu-

ções que estejam correndo em outros juízos em relação ao devedor e ao sócio ilimitadamente responsável.

11 — Das ações e execuções que não são suspensas

O art. 6º, após determinar que a decretação da falência ou o deferimento da recuperação judicial, suspende todas as ações e execuções, excepciona: a) a ação que demandar quantia ilíquida, a qual terá prosseguimento no juízo em que estiver se processando; b) as ações de natureza trabalhista, que também prosseguem na Justiça do Trabalho.

Desse modo, se já havia, em curso, ação em relação ao falido, por quantia ilíquida, não fica a ação suspensa, eis que tem prosseguimento até liquidá-la, quando, se for o caso, os credores são incluídos na falência. Prevalece o princípio da economia processual, prosseguindo-se no juízo originário, até a liquidação do valor do crédito. O juízo, perante o qual corria e continuará correndo o processo, poderá, a requerimento do credor interessado, determinar a reserva da importância que estimar devida e, uma vez reconhecido líquido o direito, será o crédito incluído na classe própria, no juízo da falência ou da recuperação judicial.

Relativamente aos créditos derivados da relação de trabalho ou acidente de trabalho, o credor pode pleitear a habilitação perante o administrador judicial. Contudo, as ações ou reclamações dessa natureza, inclusive as impugnações aos aludidos créditos, serão processadas na justiça do trabalho, até a apuração do respectivo crédito. Apurado este, perante o juízo trabalhista, será inscrito no quadro-geral de credores, no juízo em que corre o processo concursal, pelo valor constante da sentença do juízo especializado. Pode-se, também, nesse caso, pedir a reserva, enquanto corre o processo para liquidar o valor do crédito. Pode o juízo trabalhista, tomar as medidas necessárias, mediante requerimento do credor, para que seja feita a reserva de quantia necessária, no processo concursal.

Em face da determinação contida no art. 6º e repetida nos arts. 52, II e 99, V da Lei n. 11.101, de 2.005, prescreve o § 6º que, independentemente da verificação periódica perante os cartórios de distribuição, as ações que venham a ser propostas contra o devedor deverão ser comunicadas ao juízo da falência ou da recuperação.

Desse modo, todo e qualquer juízo, que receber eventual petição inicial pleiteando algo em relação ao devedor, deverá comunicar tal fato ao juízo concursal. O devedor, por sua vez, ao receber citação de alguma ação, em

qualquer outro juízo, deverá fazer imediata comunicação ao juízo em que corre a falência ou a recuperação judicial.

Quando se tratar de suspensão de prescrição, de ações ou de execuções, decorrente de decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, há que se focalizar os parágrafos 4º e 5º do art. 6º. Assim, nessa hipótese: a) a suspensão não excederá o prazo improrrogável de cento e oitenta dias contado do deferimento do processamento da recuperação judicial; b) após o decurso desse prazo, fica restabelecido o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações ou execuções, que ficaram suspensas; c) o restabelecimento desse direito, findo o prazo, independe de pronunciamento judicial.

Durante o período máximo de cento e oitenta dias de suspensão, no processo de recuperação judicial, podem os credores trabalhistas pleitear os seus direitos perante o administrador judicial, mas, após o fim da suspensão, as execuções trabalhistas poderão ser normalmente concluídas, ainda que o crédito já tenha sido inscrito no quadro-geral de credores.

Relativamente às execuções de natureza fiscal, o § 7º do art. 6º veio a dispor que tais execuções não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial. Ressalva-se, todavia, a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica.

12 — Da prevenção da jurisdição

Como já assinalamos acima, a competência para homologar o plano de recuperação extrajudicial, para deferir o processamento da recuperação extrajudicial e para decretar a falência é do juízo do lugar onde se situa o principal estabelecimento do devedor, ou a filial de empresa, com sede no exterior.

Entretanto, onde houver mais de um juiz ou mais de um escrivão, consoante a regra geral do art. 251 do Código de Processo Civil, os processos estão sujeitos à distribuição.

Os pleitos de falência especialmente, estão sujeitos à distribuição obrigatória, respeitada a ordem de apresentação, visto que o processo falencial e os seus incidentes preferem a todos os outros na ordem dos feitos, em qualquer instância.

Feita a distribuição do pedido de recuperação judicial ou de falência a determinado juízo, entre mais de um que, igualmente seriam competentes por serem do local do principal estabelecimento do devedor, fica preventa a sua jurisdição. Ele que era, cumulativamente, competente com outros juizes, igualmente competentes, pelo fato de lhe ter sido distribuído o pleito e ensejado

que dele houvesse tomado conhecimento em primeiro lugar, passou ser o único competente.

Assim, consoante estabelece o § 8º do art. 6º, a distribuição do pedido de falência ou de recuperação judicial previne a jurisdição para qualquer outro pedido de recuperação judicial ou de falência, relativo ao mesmo devedor. Repetiu-se, ai, o que dispunha o § 1º do art. 202 do Dec.-Lei n. 7.661/45.

13 — Do veto ao art. 4º por ser supérfluo

Do projeto aprovado no Senado e na Câmara e que foi enviado à sanção presidencial, constava o art. 4º determinando que o representante do Ministério Público deveria intervir nos processos de recuperação e de falência. No parágrafo único dizia que além das disposições previstas na lei, o representante do Ministério Público devia intervir em toda ação proposta pela Massa ou contra esta.

O Presidente da República, porém, em atenção às razões do Ministério da Justiça e da Fazenda, vetou esse dispositivo, em 9 de fevereiro de 2.005.

As razões do veto resumem-se no seguinte: a) que a intervenção obrigatória em todos os processos, ainda que de ínfimo valor, sobrecarregaria a instituição; b) que isso importava em não considerar a importância institucional do Ministério Público; c) que no texto da lei, arts. 52, V; 99, XIII; 142, § 7º; 154, § 3º, constam hipóteses importantes, de que o Ministério Público recebe comunicação, podendo intervir sempre que seja necessário e cabível; d) sendo o Ministério Público intimado da decretação da falência e do deferimento do processamento da recuperação judicial, fica claro que sua atuação ocorrerá *pari passu* no andamento do feito; e) além disso, não se afastou a incidência dos arts. 82 e 83 do Código de Processo Civil, que prevêem a possibilidade de intervenção do Ministério Público em qualquer processo.

Desse modo, não obstante o veto do art. 4º, não há óbice à intervenção do representante do Ministério Público nos processos de Falência e Recuperação Judicial, assim como nas ações da massa falida, quando houver interesse público ou qualquer ilegalidade.

Assim, pode-se considerar que a razão básica do veto consistiu na superfluidade do que dispunha o art. 4º.

14 — Considerações finais.

Em face do exposto, ressaltam-se as seguintes considerações: 1º) O Legislativo brasileiro só no segundo semestre de 2.004, compatibilizou-se à

tendência universal manifestada a partir de 1.930 e, acelerada, depois da Segunda Grande Guerra, de viabilizar a superação de crises, no âmbito empresarial; 2º) a nova lei n. 11.101, editada em janeiro de 2.005, visa preservar a empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica, e só quando inviável a superação de crises, promover a falência para resguardar a utilização produtiva dos bens; 3º) com esse escopo regula a nova lei a recuperação judicial, extrajudicial e a falência do empresário e sociedade empresária; 4º) preliminarmente, aponta: a) o seu objeto e o seu escopo (art. 1º); b) as exclusões do seu campo de incidência (art. 2º); c) a competência do juízo do lugar do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa com sede no exterior (art. 3º); 5º) em disposições gerais comuns à falência e à recuperação judicial: a) arrola as obrigações que não são exigíveis nesses processos (art. 5º, I e II); b) determina que o deferimento do processamento da recuperação judicial e a decretação da falência suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em relação ao devedor e ao sócio solidário; c) ressalva o prosseguimento das demandas por quantia ilíquida, e das ações ou reclamações trabalhistas nos respectivos juízos, com pedidos de reserva de quantias necessárias no juízo concursal; d) limita a suspensão acima indicada em cento e oitenta dias nos processos de recuperação judicial; e) determina que a distribuição do pedido de falência ou recuperação judicial previne a jurisdição do juízo para qualquer outro pedido de idêntica natureza, em relação ao mesmo devedor.