

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

JONATHAN RODRIGUES DA SILVA

A APLICABILIDADE DA LEI Nº 11.101/05 PARA AS EMPRESAS ESTATAIS

CURITIBA

2021

JONATHAN RODRIGUES DA SILVA

A APLICABILIDADE DA LEI Nº 11.101/05 PARA AS EMPRESAS ESTATAIS

**Monografia apresentado como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito, do
Centro Universitário Curitiba.**

Orientador: Roberto Eurico Schmidt Junior

**Curitiba
2021**

JONATHAN RODRIGUES DA SILVA

A APLICABILIDADE DA LEI Nº 11.101/05 PARA AS EMPRESAS ESTATAIS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito do Centro Universitário Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos
professores:

Orientador: Roberto Eurico Schmidt Junior

Prof. Membro da Banca

Curitiba, de de 2021

A meus pais, Edriane e Anselmo, grandes
exemplos e incentivadores.

AGRADECIMENTOS

Assim como esperado, este trabalho tornou-se um marco em minha vida, proporcionando muitos momentos e experiências inesquecíveis.

Aos meus pais, Edriane e Anselmo, por sempre estarem ao meu lado me incentivando e apoiando em todos os setores de minha vida. Sem eles nada disso seria possível.

Aos meus amigos pelo companheirismo e alegrias. Nesta caminhada muitas relações foram construídas, algumas sólidas como diamante, outras fluíveis como a água, mas todas tiveram sua importância e contribuição.

Aos professores por todos os ensinamentos e dedicação, serão eternizados em minha memória e coração.

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo analisar a possibilidade de incidência da Lei nº 11.101/05 (Lei de Recuperação Judicial e Falência) sobre as empresas estatais. Empresa Estatal trata-se do gênero do qual a empresa pública e a sociedade de economia mista fazem parte, dentre suas características está o fato de serem pessoas jurídicas de direito privado, podendo ser exploradoras de atividade econômica ou prestadoras de serviço público. O art. 2º, inciso I da Lei nº 11.101/2005 expressamente exclui as empresas estatais de sua incidência, porém, é mandamento constitucional, encontrado no art. 173, §1º, inciso II da Constituição Federal, a sujeição das empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica ao regime jurídico próprio das empresas privadas. Tal artigo torna o dispositivo da Lei de Recuperação Judicial e Falência inconstitucional, ao menos no tocante as empresas estatais exploradoras de atividade econômica, pois só existe justificção para a discriminação das prestadoras de serviço público, diante de sua natureza. Sendo assim, através da doutrina e dos princípios e dispositivos constitucionais, busca-se demonstrar que o instituto da falência e recuperação judicial devem ser aplicados as empresas estatais que diretamente explorem atividade econômica.

Palavras-chave: Empresas estatais. Lei de Recuperação Judicial e Falência. Atividade econômica. Exclusão. Inconstitucional.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the possibility of incidence of Law No. 11,101 / 05 (Law of Judicial Recovery and Bankruptcy) on state-owned companies. State-owned company is the genre of which the public company and mixed-capital company are part of, among its characteristics is the fact that they are legal entities of private law, being able to exploit economic activity or provide public services. Art. 2, item I of Law 11,101 / 2005 expressly excludes state-owned companies from its incidence, however, it is a constitutional mandate, found in art. 173, Paragraph 1, item II of the Federal Constitution, the subjection of public companies and mixed-capital companies that exploit economic activity to the legal regime proper to private companies. This article renders the provisions of the Law on Judicial Recovery and Bankruptcy unconstitutional, at least as far as state-owned companies that exploit economic activity are concerned, as there is only justification for the discrimination of public service providers, given their nature. Therefore, through doctrine and constitutional principles and provisions, we seek to demonstrate that the bankruptcy and judicial reorganization institute should be applied to state-owned companies that directly exploit economic activity.

Keywords: State-owned companies. Bankruptcy and Judicial Recovery Law. Economic activity. Exclusion. Unconstitutional.

LISTA DE SIGLAS

- Art. – Artigo
- CC – Código Civil
- CF – Constituição Federal
- CPC – Código de Processo Civil
- CVM – Comissão de Valores Mobiliários
- EMAE – Empresa Metropolitana de Águas e Energia
- LF – Lei de Falência
- LREF – Lei de Recuperação Judicial e Falência
- MG – Minas Gerais
- S.A. – Sociedade por Ações
- STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 AS EMPRESAS ESTATAIS	12
2.1 SERVIÇO PÚBLICO	12
2.2 EXPLORAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA PELO ESTADO.....	14
2.3 EMPRESA PÚBLICA	16
2.3.1 Características das Empresas Públicas	16
2.4 SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA.....	17
2.4.1 Características da Sociedade de Economia Mista	18
2.5 ACIONISTA CONTROLADOR	19
2.6 REGIME JURÍDICO APLICADO AS EMPRESAS ESTATAIS EXPLORADORAS DE ATIVIDADE ECONÔMICA	20
3 RECUPERAÇÃO JUDICIAL	22
3.1 PRINCÍPIOS.....	23
3.2 O PROCESSO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	24
3.2.1 Requisitos.....	25
3.2.2 Créditos Sujeitos a Recuperação Judicial	26
3.2.3 O Processamento da Recuperação Judicial.....	27
3.3 A CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	30
4 FALÊNCIA	32
4.1 CONCEITO	32
4.2 PRESSUPOSTOS DA FALÊNCIA	33
4.3 SENTENÇA DECLARATÓRIA DA FALÊNCIA.....	34
4.4 EFEITOS DA FALÊNCIA.....	36
4.4.1 Obrigações do Falido	40
4.4.2 Efeitos da Falência Quanto aos Credores.....	41
4.5 CLASSIFICAÇÃO DOS CREDITORES.....	43
4.6 PROCESSO DE FALÊNCIA.....	46
4.6.1 Liquidação	46
4.7 ENCERRAMENTO DO PROCESSO DE FALÊNCIA E A EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DO FALIDO	49
5 CORRENTES DOUTRINÁRIAS	52
5.1 A IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI 11.101/05 PARA AS EMPRESAS ESTATAIS.....	52

5.2 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, INCISO I, DA LREF	55
5.3 UMA LEITURA HERMENÊUTICA DA NORMA: A APLICAÇÃO DA LEI 11.101/05 PARA AS EMPRESAS ESTATAIS QUE EXPLOREM ATIVIDADE ECONÔMICA ...	56
6 POSICIONAMENTO ADOTADO - A APLICABILIDADE DA LEI Nº 11.101/05 PARA AS EMPRESAS ESTATAIS EXPLORADORAS DE ATIVIDADE ECONÔMICA	59
7 CONCLUSÃO	64
REFERÊNCIAS.....	67

1 INTRODUÇÃO

É natural da atividade empresarial o enfrentamento de dificuldades, contudo, tais dificuldades muitas vezes resultam em crises que afetam não somente o interesse do empresário, mas também de seus credores, trabalhadores, fisco e até mesmo da sociedade como um todo. Por meio da Lei nº 11.101/05, buscou o legislador ordinário ferramentas para a superação destas crises ou a liquidação empresarial, quando não se é possível contemplar a hipótese de recuperação, trata-se dos institutos da recuperação judicial e da falência.

Em seu art. 1º, a Lei de Recuperação Judicial e Falência, estabelece sua aplicação ao empresário e a sociedade empresária. Porém, também encontramos no art. 2º da LREF a exclusão de determinados sujeitos de sua incidência, entre eles, as empresas públicas e sociedades de economia mista (art. 2º, inciso I, LREF), ambas espécies do gênero empresas estatais.

São empresas estatais as sociedades empresárias em que o Estado tem em mãos todo capital social (empresas públicas) ou parte dele (sociedade de economia mista), porém, sempre detendo o controle acionário. Como características comuns, as empresas estatais são pessoas jurídicas de direito privado e necessitam de lei para sua criação. Podemos também dividir as empresas públicas e sociedades de economia mista por sua finalidade, existem as que possuem o escopo de prestar serviço público e as que objetivam a exploração da atividade econômica.

Segundo mandamento constitucional, exposto no art. 173, §1º, inciso II da CF, as estatais que explorem diretamente atividade econômica devem submeter-se ao regime jurídico de direito privado e, conseqüentemente, compreende-se que também estariam sujeitas ao regime falimentar. Desse modo, boa parte da doutrina questiona a possível inconstitucionalidade esvaída do art. 2, inciso I da LREF, que exclui integralmente as empresas estatais dos regimes de recuperação judicial e falência, pois somente haveria justificativa para a discriminação das estatais que prestem serviço público, a própria continuidade dos serviços públicos seria um destes fundamentos, de outro lado, as exploradoras de atividade econômica não poderiam serem alvos dessa exclusão.

Entretanto, referido posicionamento doutrinário não é pacífico, havendo quem defenda a aplicação da LREF de forma indiscriminada a todas as empresas estatais e, também, quem sustente que a não incidência do regime falimentar em relação as

empresas públicas e sociedades de economia mista seria perfeitamente constitucional.

Embora em um primeiro momento a letra fria da lei (art. 2, inciso I da LREF) possa indicar que não há nada a ser discutido, notadamente percebemos que este tema merece nossa atenção, pois trata-se de matéria bastante controversa no meio doutrinário. Além disso, ressaltamos o impacto do conteúdo, sobre tudo, nas áreas da esfera econômica, social e constitucional.

Daí extraímos a importância desta pesquisa, haja vista a necessidade de uma análise mais aprofunda do tema que poucos são os trabalhos que se debruçam. Muitas vezes apenas menciona-se em manuais de Direito Empresarial e Administrativo a controvérsia existente de maneira breve, não se dedicando muito ao assunto.

Através da identificação dos posicionamentos doutrinários divergentes, bem como da análise minuciosa dos entes e institutos envolvidos, buscou-se confrontar os fundamentos de cada corrente para que possamos avaliar quais seriam legítimos de prosperar. Para tanto, utilizou-se demasiadamente da pesquisa bibliográfica, não somente de livros físicos como também de virtuais, além disso, esta pesquisa apoiou-se em artigos científicos, jurisprudências e textos legais.

Sendo assim, sem qualquer pretensão, é objetivo deste trabalho a contribuição para o deslinde doutrinário existente, de modo que possamos chegar a uma possível solução a este impasse, que como veremos, não se trata de novidade.

2 AS EMPRESAS ESTATAIS

As empresas estatais são entidades criadas para a exploração direta da atividade econômica pelo Estado ou para a prestação de serviço público, possuem personalidade jurídica de direito privado e integram a administração indireta. A professora e ex-Procuradora do estado de São Paulo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, sucintamente traz a seguinte definição:

Com a expressão empresa estatal ou governamental designamos todas as entidades, civis ou comerciais, de que o Estado tenha o controle acionário, diretamente ou por meio de outra entidade da administração indireta, abrangendo a empresa pública, a sociedade de economia mista e suas subsidiárias, além de outras empresas que não tenham essa natureza e às quais a Constituição faz referência, em vários dispositivos, como categoria à parte (arts. 37, XVII, 71, II, 165, § 5º, II, 173, § 1º).¹

Importante destacar que a criação desses entes administrativos somente pode se dar por lei advinda de um ente federado, do mesmo modo, a doutrina considera que assim deverá ser feito também nos casos de exclusão. Ainda, a lei de criação deve expor os objetivos da empresa estatal, o que gera uma vinculação do ente com tais propósitos.

O capital das empresas estatais em sua totalidade ou em parte pertencem ao ente que a criou, por essa razão, se submetem à supervisão do ente político, bem como ao controle pelo Tribunal de Contas.

Dentro das empresas estatais estão compreendidas duas espécies, quais sejam, a empresa pública e a sociedade de economia mista, possuindo algumas divergências entre elas. Estas ainda, podem ser divididas em prestadoras de serviço público ou exploradoras de atividade econômica.

2.1 SERVIÇO PÚBLICO

Conceituar serviço público é uma tarefa um tanto quanto complicada, na medida em que tal noção varia conforme o tempo e espaço. Porém, acataremos aqui o conceito restrito utilizado por Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo o qual:

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 548.

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público — portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais —, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.²

A brilhante conceituação do autor, traz dois elementos importantes para serem analisados:

a) Substrato material: significando dizer que a prestação do serviço público à sociedade, traz utilidades ou comodidades materiais, pois tais reputam-se como essenciais, devendo por isso serem prestadas a todos. Esta prestação de serviço, por sua vez, pode ser usufruída de maneira singular por parte dos administrados, devido a sua natureza divisível.

b) Substrato formal: O caráter público dado a concepção de serviço público é a sua sujeição ao regime de direito público. Ainda que prestado por particulares, por meio da delegação, a titularidade ainda será do Estado que tem o escopo de beneficiar a coletividade, e, por isso o regime continuará sendo público. O professor Celso Antônio Bandeira de Mello, ainda, traz os princípios que constituem este aspecto formal do conceito, quais sejam: dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação, princípio da supremacia do interesse público, princípio da adaptabilidade, princípio da universalidade, princípio da impessoalidade, princípio da continuidade, princípio da transparência, princípio da modicidade das tarifas e princípio do controle.³

Atualmente, parte da doutrina assume que o conceito de serviço público está em crise, tendo em vista a crescente tendência em privatizar, abrindo oportunidade para à livre iniciativa e à livre concorrência, princípios estabelecidos no art. 170, caput e IV da Constituição de 1988. Como exemplificado, um dos princípios do serviço público é o dever inescusável do Estado em promover-lhe sua prestação. Ocorre que, ao transformar estes serviços em atividades privadas, não se tem mais a obrigação de prestação anteriormente imposta ao Estado, o que não pode ocorrer, pois serviços de caráter essenciais não devem jamais ficar à mercê da vontade particular.

Contudo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, discorda dos receios desta parcela doutrinária e diz que:

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 671.

³ Ibid., p. 678.

O que vem ocorrendo é uma privatização parcial, feita pela legislação ordinária, ao arrepio da Constituição, como na legislação de telecomunicações, energia elétrica, correios, portos, em que uma parte da atividade atribuída à União para ser exercida diretamente ou por autorização, permissão ou concessão, está sendo deixada à iniciativa privada.⁴

Cabe esclarecermos que ser titular do serviço público é diferente do que ser titular da execução. A Constituição Federal atribui a titularidade dos serviços públicos aos entes federados (União, estado, Distrito Federal e município), competência esta que só poderá ser retirada, devido ao caráter constitucional, por meio de emenda à Constituição.

Sempre será da titularidade de um dos entes federados a prestação de serviço público, entretanto, quem executa o serviço não será necessariamente seu titular. Celso Antônio Bandeira de Mello, exemplifica:

Assim, tanto poderá prestá-los por si mesmo como poderá promover-lhes a prestação conferindo a entidades estranhas ao seu aparelho administrativo (particulares e outras pessoas de direito público interno ou da administração indireta delas) titulação para que os desempenhem, isto é, para que os prestem segundo os termos e condições que fixe e, ainda assim, enquanto o interesse público aconselhar tal solução (sem prejuízo do devido respeito aos interesses econômicos destes terceiros que sejam afetados com a retomada do serviço). Ou seja, poderá conferir “autorização”, “permissão” ou “concessão” de serviços públicos (que são as expressões constitucionalmente utilizadas) para que sejam efetuados por tais pessoas.⁵

Só caberá falarmos de outorga de serviço, quando o Estado detém sua exclusividade de prestação. Não devemos confundir com os serviços em que o Estado além de prestar, deve conceder por meio de permissão, autorização e concessão.

2.2 EXPLORAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA PELO ESTADO

Como fundamentos da ordem econômica nacional, consagrados principalmente no art. 170 da Constituição Federal, temos a livre iniciativa (caput) e a livre concorrência (inciso IV). O princípio da livre iniciativa, estabelece que não pode o poder público reter para si o poder de outorgar aos particulares o direito de exercício da atividade econômica.

⁴ DI PIETRO, 2019. p. 35.

⁵ MELLO, 2010. p. 681.

Quanto ao princípio da livre concorrência, trata-se do dever estatal em repelir o uso incorreto da ordem econômica, positivado no art. 173, §4º da Constituição Federal.

A norma maior pátria, optou por estabelecer a divergência entre as atividades que cabem aos particulares, ditas econômicas, e, as atividades essenciais que deve o próprio Estado prestar, os serviços públicos. Celso Antônio Bandeira de Mello, traz à baila a seguinte análise:

Com efeito, ressalvados os monopólios estatais já constitucionalmente designados (petróleo, gás, minérios e minerais nucleares, nos termos configurados no art. 177, I-V), as atividades da alçada dos particulares — vale dizer, atividades econômicas — só podem ser desempenhadas pelo Estado em caráter absolutamente excepcional, isto é, em dois casos: quando isto for necessário por um imperativo da segurança nacional ou quando demandado por relevante interesse público, conforme definidos em lei (...)⁶

Percebe-se em um primeiro momento, que não cabe ao Estado praticar qualquer atividade econômica não designada por nossa Carta Magna. Corroborando com o mencionado trecho, Fabio Ulhoa Coelho também trata do caráter excepcional da intervenção direta do Estado no domínio econômico:

A Constituição Federal, ao dispor sobre a exploração de atividades econômicas, vale dizer, sobre a produção dos bens e serviços necessários à vida das pessoas em sociedade, atribuiu à iniciativa privada, aos particulares, o papel primordial, reservando ao Estado apenas uma função supletiva (art. 170). A exploração direta de atividade econômica pelo Estado só é possível em hipóteses excepcionais, quando, por exemplo, for necessária à segurança nacional ou se presente um relevante interesse coletivo (art. 173).⁷

Diante do acima exposto, bem como no disposto em texto constitucional (art. 173 da Constituição Federal⁸), conclui-se que só poderá o Estado agir de forma direta na economia, explorando atividade econômica, a qual a princípio trata-se de alçada exclusiva do particular, quando tal interferência for necessária para a segurança

⁶ MELLO, 2010. p. 794.

⁷ COELHO, Fabio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 45.

⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 set. 2020. Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

nacional ou estivermos diante de um relevante interesse coletivo. Do mesmo modo, os serviços públicos só poderão ser exercidos pelos particulares, nos casos em que o poder público lhe credenciar esta prestação, mantendo para si a titularidade, ou, caso a atividade não seja exclusiva do Poder Público, podendo os particulares exercê-las conjuntamente.

2.3 EMPRESA PÚBLICA

Conceitua-se como empresas públicas, as pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração Indireta do Estado (como sociedade política) e que dependem de expressa autorização legal para serem criadas.

2.3.1 Características das Empresas Públicas

As empresas públicas possuem patrimônio próprio e seu capital deve ser em sua totalidade ou, ao menos, a maioria do capital votante, pertencentes à União, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município. Não podemos ter sócios privados nestes entes administrativos, devido à natureza pública de seu capital, porém, nada impede que participe deste capital as autarquias, sociedades de economia mistas e até mesmo outras empresas públicas.⁹

Diferentemente do que define o legislador no art. 5º, inciso II do Decreto Lei nº 200/67, o capital de uma empresa pública federal não necessariamente é exclusivo da União, visto que o art. 52, inciso II deste mesmo dispositivo ainda admite a participação minoritária dos estados e municípios, assim como de suas entidades de administração indireta. Nas palavras do ilustre professor Celso Antônio Bandeira de Mello: “Assim, fica visível que, ao contrário da definição com tanta incompetência formulada pelo “legislador” do Executivo, empresas públicas não são apenas as que se constituem de capital “integralmente da União”.¹⁰

Como já mencionado, as empresas públicas integram a Administração Pública Indireta, sendo assim, surgem como uma maneira de descentralização do poder pertencente ao Estado.

⁹ BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 496.

¹⁰ MELLO, 2010. p. 188.

Quanto ao foro processual, em regra, as causas em que forem parte as empresas públicas são julgadas pela Justiça Federal, exceto as que envolvem falência, direito eleitoral e direito do trabalho.

Por fim, pertinente dizer que embora a Lei nº 13.303/2016 não disponha sobre a forma jurídica das empresas públicas, como fazia o Decreto Lei nº 200/1967, pacífico é o entendimento de que poderão adotar qualquer forma societária adequada a sua natureza. José Edwaldo Tavares Borba diz:

O Estatuto das Empresas Estatais, diferentemente do Decreto-lei nº 200/1967, não previu que a empresa pública poderá assumir qualquer das formas previstas em direito. Todavia, como se trata de uma entidade com personalidade jurídica de direito privado, com natureza empresarial, a sua forma, naturalmente, será uma daquelas previstas na legislação societária.¹¹

Apesar de correto o entendimento de que as empresas publicas podem adotar qualquer forma societária em direito admitida, existem espécies societárias incompatíveis com estes entes, como é o caso da sociedade corporativa que é formada por pessoas físicas, o que impossibilita a constituição do capital pelo Poder Público.

2.4 SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

De acordo com Art. 5º, Inciso III do Decreto-lei nº 200/67, sociedade de economia mista trata-se de

(...) entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.¹²

Extrai-se deste conceito que as sociedades de economia mista integram a Administração Pública Indireta, sendo-lhes atribuídas personalidade de direito privado e necessitando para a sua criação de lei específica autorizando-a (art. 37, XIX, da Constituição Federal).

¹¹ BORBA, 2019. p. 496.

¹² BRASIL. **Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 18 set. 2020.

2.4.1 Características da Sociedade de Economia Mista

Assim como as empresas públicas, só poderá haver a criação de uma sociedade de economia mista, contanto que devidamente justificado o interesse público relevante ou a razão de segurança nacional a que se dirige.

Diferentemente das empresas públicas, a forma das sociedades de economia mista necessariamente tende ser a de sociedade anônima, conforme estabelece o art. 4º da Lei nº 13.303/2016. Isto significa dizer que esta sociedade tem seu capital dividido em ações, estas que por sua vez são transferíveis, sendo vedado o impedimento de negociação. Com isto, podemos concluir que é permitido a composição de sócios privados na sociedade de economia mista, contudo, é imprescindível que a maioria das ações com direito a voto sejam de titularidade da União, Estados, Distrito Federal, Municípios ou de entidade da administração indireta. Tal particularidade trata-se do poder de controle exercido pelo acionista controlador, estabelecido no art. 116 das Lei 6.404/1976:

Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.¹³

Da mesma forma que as sociedades anônimas em geral, a sociedade de economia mista é regida pela Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/1976). Vale lembrar que, assim como toda sociedade de capital, o vínculo societário não é baseado na *affectio societatis* (vontade entre as partes em constituírem sociedade, vinculando os sócios em caracteres personalíssimos)

Por óbvio, a sociedade de economia mista não é integralmente regida pelo regime jurídico das sociedades anônimas comuns, pois a sua natureza de empresa estatal exige regras específicas, estas encontradas nos artigos 235 a 240 da Lei nº

¹³ BRASIL. **Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976.** Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 21 set. 2020.

6.404/1976, sendo o regime jurídico das sociedades anônimas aplicado subsidiariamente.

2.5 ACIONISTA CONTROLADOR

Extraímos do art. 4º, §1º da Lei nº 13.303/2016, que o acionista controlador ao exercer seu poder de controle observando os interesses da companhia, deve ainda, respeitar o interesse público que justificou a criação desta. Contudo, os mesmos deveres e responsabilidades do acionista controlador privado, devem ser atendidos pela pessoa jurídica de direito público que exerce o controle da companhia, é o que estabelece o art. 238 da Lei nº 6.404/1976 (Lei das S.A), sendo assim, não é possível o exercício abusivo do poder por parte do acionista controlador (art. 116 e 117 da Lei nº 6.404/1976), caso contrário colocaria em risco o desenvolvimento eficiente e lucrativo da companhia, o qual também constitui como um dos escopos estatais ao agir como agente produtivo perante o mercado.

Neste sentido, cita-se como exemplo, a multa aplicada pela CVM (Comissão de Valores Mobiliários) ao estado de São Paulo, que na qualidade de acionista controlador da EMAE (Empresa Metropolitana de Águas e Energia) teria se beneficiado gratuitamente dos serviços desta Companhia. No voto, o diretor relator Henrique Balduino Machado Moreira, sustenta que:

(...) tenho que o Estado de São Paulo, na qualidade de acionista controlador da EMAE, por ter se beneficiado gratuitamente do Serviço de Controle de Cheias prestado pela Companhia, infringiu o disposto no art. 116, parágrafo único, da Lei nº 6.404/76. Assim, com fundamento no art. 11, inciso II e §1º, inciso I, da Lei nº 6.385/76, considerando a capacidade econômica do infrator, a gravidade em abstrato do delito e, como agravante, a prática reiterada da conduta, voto pela condenação do Acusado ao pagamento de multa no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).¹⁴

Pelo exposto, demonstra-se que os interesses dos acionistas minoritários devem ser observados de maneira igualitária ao interesse público da companhia, pois tal equilíbrio é necessário para que a viabilidade desta perante o mercado seja demonstrada efetivamente.

¹⁴ RIO DE JANEIRO (Estado). Comissão de Valores Mobiliários. **Processo Administrativo Sancionador CVM n. 19957.000714/2016-12, de 29 de janeiro de 2019**. Assunto: Apurar a responsabilidade do Estado de São Paulo, na qualidade de acionista controlador da EMAE – Empresa Metropolitana de Águas e Energia, por suposta infração ao art. 116, parágrafo único, da Lei nº 6.404/76.

2.6 REGIME JURÍDICO APLICADO AS EMPRESAS ESTATAIS EXPLORADORAS DE ATIVIDADE ECONÔMICA

Em redação já revogada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, estabelecia nossa carta magna em seu art. 173, § 1º, a sujeição das empresas estatais e outras entidades que explorassem atividade econômica “ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias”.

Entretanto, após emenda, o novo texto constitucional passou a dispor:

Art. 173 [...] § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...) II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;¹⁵

Em 2016 temos a criação da Lei nº 13.303, conhecida como Estatuto das Empresas Estatais, novamente estabelecendo o regime jurídico de direito privado destes entes administrativos (art. 3º e 4º da Lei nº 13.303/2016)¹⁶. Sobre a reforma constitucional feita no §1º do art. 173, o professor José Edwaldo Borba, sustentando que para efeitos do regime jurídico, não houve alteração na norma constitucional, diz:

Ora se essa sujeição já se encontrava preordenada pela própria Constituição, o legislador ordinário, ao disciplinar a matéria, estaria circunscrito apenas aos seus desdobramentos e implicações, não lhe cabendo restringir ou condicionar a incidência da legislação privada, uma vez que esta decorria da Constituição e, por conseguinte, somente a própria Constituição poderia afastá-la ou limitá-la.¹⁷

¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 set. 2020.

¹⁶ BRASIL. **Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm>. Acesso em: 21 set. 2020. Art. 3º Empresa pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios.

(...)

Art. 4º Sociedade de economia mista é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta.

¹⁷ BORBA, 2019. p. 480.

Há também quem alegue que o regime jurídico das empresas estatais não seria de direito privado ou público, mas sim de um regime jurídico híbrido da junção de ambos. Segundo Alexandre Santos de Aragão:

(...)trata-se de outro regime jurídico, híbrido e atípico, decorrente da junção de elementos de ambos, elementos estes que, depois de colocados no mesmo ambiente, se modificam recíproca e intrinsecamente, de modo que, nem o elemento de direito privado o será como se estivesse sendo aplicado a um particular qualquer, nem os elementos de direito público que continuarem sendo aplicáveis às estatais o serão como incidem sobre o geral dos organismos públicos.¹⁸

Tal sustentação, não demonstra ser a mais correta, pois embora realmente haja tratamento diferenciado para as empresas estatais, devido à natureza pública de seu patrimônio, isto não basta para retirar o caráter privado de seu regime jurídico. Fabio Ulhoa Coelho, ao diferenciar os regimes jurídicos, exemplifica:

O que diferencia um de outro grupo é o regime jurídico a que se encontram submetidos. As pessoas jurídicas de direito público gozam de uma posição jurídica diferenciada em razão da supremacia dos interesses que o direito encarregou-as de tutelar; já as de direito privado estão sujeitas a um regime jurídico caracterizado pela isonomia, inexistindo valoração diferenciada dos interesses defendidos por elas. Uma pessoa jurídica de direito público se relaciona com uma pessoa jurídica de direito privado em posição privilegiada, ao passo que as de direito privado se relacionam entre si em pé de igualdade.¹⁹

As empresas estatais que explorem atividade econômica, devem respeitar os princípios fundantes da ordem econômica, quais sejam, o da livre iniciativa e da livre concorrência. Seu tratamento diferenciado não lhes confere uma posição privilegiada em face de outra pessoa jurídica de direito privado, apenas ajusta o motivo de segurança nacional ou o relevante interesse público que a criou, com a exploração da atividade econômica exercida.

¹⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regime jurídico das empresas estatais. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/44/edicao-1/regime-juridico-das-empresas-estatais>. Acesso em: 21 set. 2020.

¹⁹ COELHO, 2011. p. 135.

3 RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Objetivando a tentativa de superar ou evitar as crises enfrentadas pela empresa e pelo empresário, nosso ordenamento jurídico optou por criar o instituto da recuperação judicial. Em suma, a finalidade deste instituto é a preservação da empresa, abrangendo assim a produção de bens e serviços, empregos e os interesses dos credores.

Marlon Tomazette, ao sintetizar alguns conceitos apresentados por doutrinadores, conceitua a recuperação judicial como: “um conjunto de atos, cuja prática depende de concessão judicial, com o objetivo de superar as crises de empresas viáveis”²⁰.

Vultoso atentarmos para a condição viável que a empresa deve apresentar para utilizar-se da recuperação judicial, pois não serão todas as empresas que poderão usufruir deste instituto, ora, a reorganização das empresas é custosa e gera sacrifícios a seus credores, portanto somente as empresas capazes de se restabelecer em seu curso normal é que poderão justificar tais ônus. Em uma análise bastante objetiva, Fabio Ulhoa Coelho, discorre sobre o tema:

Nem toda empresa merece ou deve ser recuperada. A reorganização de atividades econômicas é custosa. Alguém há de pagar pela recuperação, seja na forma de investimentos no negócio em crise, seja na de perdas parciais ou totais de crédito. Em última análise, como os principais agentes econômicos acabam repassando aos seus respectivos preços as taxas de riscos associados à recuperação judicial ou extrajudicial do devedor, o ônus da reorganização das empresas no Brasil recai na sociedade brasileira como um todo. O crédito bancário e os produtos e serviços oferecidos e consumidos ficam mais caros porque parte dos juros e preços se destina a socializar os efeitos da recuperação das empresas.²¹

Fabio Ulhoa Coelho, diz ser competência do Judiciário o exame de viabilidade da empresa, apontando os seguintes vetores: a importância social, a mão de obra e tecnologia empregadas, o volume de ativo e passivo, o tempo de existência da empresa e, por fim, seu porte econômico²². Tomazzete, por sua vez, ressalva que

²⁰ TOMAZETTE, Marlon. **Falência e recuperação de empresas / Coleção Curso de direito empresarial**. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 73.

²¹ COELHO, 2011. p. 412.

²² Ibid., p. 413.

estes vetores não são suficientes para dirimir sobre a viabilidade da empresa, por si só, portanto sendo apenas utilizados como referências²³.

3.1 PRINCÍPIOS

Dentre os vários princípios que a doutrina considera reger a recuperação judicial, pode-se destacar dois que se sobressaem e até mesmo abrangem os demais, quais sejam o da função social da empresa e da preservação da empresa.

Prevista no art. 5º, inciso XXIII da Constituição Federal, a função social da propriedade é estabelecida como um dos princípios gerais da atividade econômica, desta desprendesse a ideia de que o detentor da propriedade tem um poder/dever de exercê-la de acordo com interesses e necessidades sociais. Diante de tal preceito, podemos concluir que o direito de propriedade não é absoluto e conseqüentemente a atividade das empresas também não, claro que primeiramente uma empresa visa o lucro, mas somente a isto não se agrega valor social, também devem ser observados os interesses metaindividuais, como os interesses dos empregados, do fisco e da sociedade como um todo. Não resta dúvidas sobre a incidência deste princípio na recuperação judicial, conforme os ensinamentos de Marlon Tomazette:

Na recuperação judicial, tal princípio servirá de base para a tomada de decisões e para a interpretação da vontade dos credores e do devedor. Em outras palavras, ao se trabalhar em uma recuperação judicial deve-se sempre ter em mente a sua função social. Se a empresa puder exercer muito bem sua função social, há uma justificativa para mais esforços no sentido da sua recuperação. Reitere-se que a recuperação é da atividade e não do seu titular.²⁴

Pensando na função social da empresa, nosso ordenamento jurídico pátrio criou mecanismos de proteção ou preservação da empresa para que assim ela possa permanecer ativa, sem sucumbir às intempéries empresais cotidianas, e, assim nasceu o princípio da preservação da empresa. Indiscutível dizer que a recuperação judicial é a melhor forma de representar este princípio, ainda nos ensinamentos de Marlon Tomazzete, identificamos que além da separação entre a sorte da empresa e

²³ TOMAZETTE, 2020. p. 75.

²⁴ Ibid., p. 81.

do empresário, este princípio também nos remete que o propósito liquidatário (falência) deve ficar em segundo plano²⁵.

Além disso, o princípio da preservação da empresa demonstra veementemente que a recuperação judicial não se trata de um instituto sucessor da concordata prevista no Decreto-Lei nº 7.661/45, o qual foi revogado, pois esta última tratava-se de um favor legal dado ao devedor, enquanto a recuperação judicial se preocupa sobretudo em preservar a atividade empresária.

3.2 O PROCESSO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O processo da recuperação judicial exige a prática de atos judiciais do juiz, das partes e do Ministério Público, porém, também devem ser praticados atos por parte de alguns órgãos específicos previstos na legislação falimentar, quais sejam: a assembleia geral de credores, o administrador judicial e o comitê de credores.

A assembleia geral dos credores é o órgão responsável pela manifestação dos interesses ou da vontade da maioria dos titulares de crédito em face da sociedade em recuperação. Em razão do risco e sacrifício que os credores estão expostos, lhes é dado o poder de deliberar sobre os mais importantes temas referentes a recuperação da atividade empresária.

É atribuição da assembleia de credores, por exemplo, aprovar, rejeitar ou até mesmo revisar o plano de recuperação, outrossim, devem se manifestar sobre eventual pedido de desistência da recuperação judicial, após deferido o processamento desta. Não só isso, também elegem o gestor judicial, caso ocorra o afastamento dos diretores da sociedade e aprovam eventual instalação do comitê de credores, bem como elegem seus membros.

Na assembleia de credores, existem quatro instâncias de deliberação. A primeira refere-se ao plenário, será de competência deliberativa desta as matérias que não tratem de constituição de comitê ou do plano de reorganização.

Fabio Ulhoa Coelho, nos traz à baila a composição das demais instâncias deliberativas:

As três outras instâncias deliberativas da assembleia correspondem às classes em que foram divididos pela lei os credores. Na votação ou no

²⁵ TOMAZETTE, 2020. p. 82.

aditamento do plano de recuperação, a primeira classe compõe-se por credores trabalhistas; a segunda, por titulares de direitos reais de garantia; e a terceira, por titulares de privilégio (geral ou especial), os quirografários e subordinados (LF, art. 41). Na apreciação de matéria atinente à constituição e composição do comitê, as instâncias classistas da assembleia se organizam um pouco diferente: os credores titulares de privilégio especial compõem a mesma dos que titulam garantia real (LF, art. 26). Nas matérias indicadas — votação do plano de recuperação e constituição e composição do comitê —, deliberam apenas as instâncias classistas e não o plenário.²⁶

Quanto ao administrador judicial, trata-se de auxiliar do juiz, nomeado por este ao deferir o processamento da recuperação judicial. Estabelece o art. 21 da Lei nº 11.101/05, que o administrador judicial deverá ser “profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada”. A competência do administrador poderá variar diante da existência ou não do comitê de credores, caso este seja instalado, caberá ao administrador a verificação dos créditos, por outro lado, se não houver o comitê o administrador também terá as suas atribuições, salvo se houver incompatibilidade para tanto.

O comitê de credores é órgão facultativo da recuperação judicial, justificando sua existência o tamanho da atividade econômica realizada pela sociedade empresária. Como mencionado, quem decidirá sobre sua instalação é qualquer uma das instâncias classistas da assembleia geral de credores, cada classe poderá eleger 1 (um) membro titular e 2 (dois) suplentes.

A competência primária do comitê é a de fiscalização, tanto em face do administrador judicial como também da sociedade empresária sob recuperação. Nos casos de afastamento do devedor, também será atribuição do comitê submeter à autorização judicial a alienação de bens ativos permanentes, constituição de ônus reais e outras garantias e, por fim, os atos de endividamento necessário para a continuação da atividade empresarial no período que antecede a aprovação do plano.

3.2.1 Requisitos

Estabelece o art. 48 da Lei nº 11.101/05, os requisitos que devem ser atendidos para o requerimento da recuperação judicial. Primeiramente temos a condição do exercício regular da atividade empresarial necessariamente maior que 2 (dois) anos,

²⁶ COELHO, 2011. p. 417.

portanto, extrai-se daqui que estão expressamente excluídas da recuperação judicial as sociedades irregulares, não importando a origem de sua irregularidade.

Também, para usufruir da recuperação judicial, não pode o devedor ser falido, porém caso tenha sido, devem estar declaradas por sentença transitada em julgado, extintas suas responsabilidades decorrentes desta falência (art. 48, inciso I da Lei nº 11.101/05). Para verificar tal extinção, segundo art. 158 da legislação falimentar, deve ocorrer: a) o pagamento de todos os créditos; b) o pagamento de mais de 50% dos créditos quirografários, após o levantamento de todo o ativo, podendo para tanto o falido depositar a quantia faltante para atingir esta porcentagem; c) ocorrer o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados do encerramento da falência, nos casos de não ter sido o falido condenado em prática de crime previsto na legislação falimentar; e d) ocorrer o decurso do prazo de 10 (dez) anos, contados também do encerramento da falência, nos casos em que o falido tiver sido condenado por prática em crime previsto na lei falimentar.

O devedor de mesmo modo, não poderá ter obtido a concessão da recuperação judicial (bem como a com base no plano especial) pelo prazo mínimo de 5 (cinco) anos. Tal requisito trata-se de forma para se evitar que o devedor viva de recuperação judicial, porém, ressalta-se que não pode ter ocorrido a concessão da recuperação, nada impede que haja ocorrido o pedido.

Por fim, não poderá o devedor, o administrador ou o sócio controlador terem sido condenados por quaisquer crimes previstos na Lei nº 11.101/05.

3.2.2 Créditos Sujeitos a Recuperação Judicial

Quanto aos créditos sujeitos à recuperação judicial, de acordo com o art. 49 da Lei nº 11.101/05, estão sujeitos todos os existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. Porém, existem exceções, não se submetem aos efeitos da recuperação judicial os créditos advindos de credor fiduciário, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, bem como em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio.

Também, estão excluídos os créditos tributários (art. 6º da Lei 11.101/2005), as execuções que possuem natureza fiscal sequer são suspensas ao ocorrer o deferimento da recuperação judicial, salvo nos casos de parcelamento especial.

Serão inexigíveis os créditos das despesas que os credores tenham feito para fazerem parte da recuperação judicial e as obrigações a título gratuito, como por exemplo, doações, fiança, aval, obrigações solidárias sem contraprestação e etc. Segundo as explicações de Marlon Tomazette:

No que tange às obrigações a título gratuito, a inexigibilidade é óbvia. Se o devedor está passando por uma crise, não é razoável obrigá-lo a arcar com obrigações que não lhe deem uma contrapartida. Obrigações que simplesmente diminuirão seu patrimônio, sem um retorno, não poderão ser exigidas, sob pena de prejuízo injustificável para toda a massa de credores.²⁷

Vale lembrar que o objetivo da recuperação judicial é a continuidade da atividade empresarial, portanto, o dever de cumprir obrigações a título gratuito somente iria ser obstáculo para o reerguimento da empresa.

3.2.3 O Processamento da Recuperação Judicial

Ao deferir o processamento da recuperação judicial, o juiz por meio de despacho ordenará a suspensão das ações e execuções em face do devedor. Sérgio Campinho, em sua obra “falência e recuperação judicial”, brilhantemente nos explica o motivo:

Essa consequência decorrente da admissão inicial de seu pedido permite-lhe lidar de forma mais aliviada com o estado de crise econômico-financeira em que se vê inserido, pois estará, ainda que momentaneamente, livre de novas penhoras de seus bens e do fantasma da falência.²⁸

É ônus do devedor comunicar aos respectivos juízos, em que tramitam as ações e execuções que serão afetadas pela suspensão, esta que durará pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contados da publicação do edital. Por mais que o § 4º do art. 6º da Lei de Falências diga que este prazo sob hipótese nenhuma poderá ser excedido, o Superior Tribunal de Justiça admite que nem sempre este prazo poderá ser cumprido, podendo ser prorrogado tantas vezes quanto necessário²⁹.

²⁷ TOMAZETTE, 2020. p. 103.

²⁸ CAMPINHO, Sérgio. **Curso de direito comercial: falência e recuperação de empresa**. 9 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 153.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Seção). **Agravo Regimental no Conflito de Competência 0072357-40.2010.3.00.0000/DF**. Conflito de competência. Recuperação judicial. Juízo do trabalho e juízo de falências e recuperações judiciais. Prazo de 180 dias para a suspensão das ações e execuções ajuizadas em face da empresa em dificuldades. Prorrogação. Possibilidade.

Cumpramos esclarecermos que diferentemente do disposto no art. 148 do Decreto-Lei nº 7.661/45, o qual estabelecia que a concordata não produziria a novação de crédito, em seu art. 59, a nova legislação falimentar expressamente nos diz que a recuperação judicial implica em novação de créditos anteriores ao pedido. Sérgio Campinho, explica do que se trata a novação de créditos:

A novação é a modalidade de extinção de uma antiga obrigação sem o seu direto pagamento, formando-se outra obrigação para substituí-la. Pode ser de duas espécies: objetiva e subjetiva. A novação objetiva se dá quando o devedor contrai com o credor nova dívida para extinguir e substituir a anterior (Código Civil, art. 360, I); a novação subjetiva é verificada quando novo devedor sucede ao antigo, ficando este quite com o credor, ou quando, em virtude de obrigação nova, outro credor é substituído ao antigo, ficando o devedor quite com este (Código Civil, art. 360, II e III).³⁰

Verifica-se, porém, que o art. 59 da legislação falimentar determina a preservação das garantias do crédito, portanto, deste modo não há de ocorrer alterações pela novação realizada. Dito isto, o Superior Tribunal de Justiça adota o entendimento de que aqui temos uma novação *sui generis*, pois ainda sim, estamos diante de uma condição resolutiva.

A recuperação judicial trata-se procedimento de jurisdição voluntária, ou seja, a ninguém é forçado seu requerimento, também só poderá ocorrer o pedido por parte do devedor, sendo apresentada de forma autônoma ou no prazo de 10 (dez) dias da contestação de seu pedido de falência (art. 95 da LREF).

Exige-se que na petição inicial do pedido de recuperação judicial, seja apresentado a relação de todos os credores. Conforme explica o Enunciado nº 78 da II Jornada de Direito Comercial, esta expressão não se refere apenas aos credores que se submetem ao plano de recuperação.

O pedido de recuperação judicial deve ser instruído com a relação completa de todos os credores do devedor, sujeitos ou não à recuperação judicial, inclusive fiscais, para um completo e adequado conhecimento da situação econômico-financeira do devedor.³¹

Adjudicação, na justiça do trabalho, posterior ao deferimento do processamento da recuperação judicial. Agravante: Sindicato dos Aeroviários no Estado de São Paulo e outros (s). Agravado: Viação Aérea São Paulo S/A Vasp – Massa Falida e outros. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgamento: 10 de nov. de 2010. Publicação: 19 de nov. de 2010.

³⁰ CAMPINHO, 2018. p. 158.

³¹ CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado n. 78. In: **II Jornada de Direito Comercial**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/792>>. Acesso em: 18 abril. 2021.

Cumprida a exigência da documentação exposta no art. 51 da LREF, deve o juiz deferir o processamento da recuperação judicial, não podendo então o devedor desistir de seu pedido, exceto se a assembleia geral de credores assim aprovar. Este impedimento é posto, visto que o processamento do pedido da recuperação desde já produz efeitos, quais sejam o de suspender o curso de prescrição e de todas as ações e execuções contra o devedor, bem como a dos credores particulares do sócio solidário (art. 6º da Lei nº 11.101/05). Conforme explica Fabio Ulhoa Coelho:

É temporária a suspensão das ações e execuções em virtude do despacho que manda processar o pedido de recuperação judicial. Cessa esse efeito quando verificado o primeiro dos seguintes fatos: aprovação do plano de recuperação ou decurso do prazo de 180 dias.³²

Também, do deferimento do pedido de processamento da recuperação judicial, deve ocorrer ampla ciência de tal condição, por meio da anotação do deferimento perante a junta comercial e da publicação em edital na imprensa oficial (art. 52, §1º da Lei nº 11.101/05), esta que por sua vez trará um resumo do pedido e da decisão que deferiu o processamento da recuperação. Os credores terão o prazo de 15 dias para se habilitarem, caso não tenham sido incluídos na lista, no mesmo prazo devem apresentar eventuais divergências por aqueles credores incluídos.

No edital também deve conter aviso sobre o prazo de 30 dias para oposição ao plano de recuperação judicial, entretanto, ressalvasse que o termo inicial ocorre da publicação do quadro provisório de credores ou do aviso sobre o recebimento do plano em juízo e não na publicação da decisão que concedeu o seu processamento.

Após o deferimento do processamento da recuperação judicial, o devedor possui o prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias, contados da publicação desta decisão, para apresentar seu plano de recuperação, sob pena de convolação em falência.

O plano de recuperação se aprovado pela assembleia geral de credores ou se decorrido o prazo para que estes formalizem eventuais objeções e não havendo nenhuma contrariedade, será juntado aos autos, tendo que o devedor apresentar certidões negativas de débitos tributários antes da apreciação judicial. Ato contínuo, o juiz irá conceder a recuperação judicial requerida pelo devedor que não tenha o plano sofrido restrições de credor ou, se por acaso tenha ocorrido tal objeção, por meio de

³² COELHO, 2011. p. 424.

deliberação a assembleia geral de credores venha a aprovar este. Após proferida decisão judicial que conceda a recuperação judicial, será conferida à está a natureza de título executivo judicial.

Caso rejeitado o plano de recuperação judicial pela assembleia geral de credores, o juiz irá decretar a falência da empresa.

Quanto ao recurso que atacará a sentença que conceda ou denegue a recuperação judicial, Sergio Campinho discorre:

Contra a sentença que conceder a recuperação judicial caberá agravo de instrumento, que poderá ser interposto por qualquer credor e pelo Ministério Público (§2º do art. 59); quanto à que denegá-la, será igualmente agravável de instrumento pelo devedor, por aplicação analógica do art. 100 da Lei n. 11.101/2005, porquanto a denegação implica a decretação de falência. Sustentamos que este recurso também poderá ser interposto pelo representante do Ministério Público, à luz do que dispõem o inciso II do art. 179 e caput do art. 966, ambos do Código de Processo Civil de 2015, aplicáveis ao processo de recuperação judicial por força estatuído no art. 189 da Lei de Recuperação e Falência.³³

Divergindo deste entendimento já estabelecido, Marlon Tomazette entende ser cabível o recurso de apelação, visto que estamos diante de uma sentença e não há motivos para o processo da impugnação continuar.³⁴

3.3 A CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Posteriormente a concessão da recuperação judicial, segundo art. 61 da LREF, permanecerá o devedor nesse estado “até que cumpra todas suas obrigações estabelecidas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial”. Diante de tal dispositivo, passível seria dizer que o prazo máximo para cumprir com as medidas do plano é de 2 (dois) anos, porém não é o que pretendeu o legislador, este não impôs limite máximo de tempo para serem às obrigações do plano cumpridas.

Neste período de 2 (dois) anos, contados da decisão que concedeu a recuperação judicial, o devedor será observado para que seja verificada sua confiabilidade no cumprimento do plano de recuperação. Sobre este lapso temporal, Marlon Tomazette comenta:

³³ CAMPINHO, 2018. p. 182.

³⁴ TOMAZETTE, 2020. p. 208.

Nesse período, o processo de recuperação judicial ainda está em andamento, ainda existirá um administrador judicial fiscalizando o devedor e ainda poderá existir um comitê de credores. Em última análise, nesse período, o devedor é acompanhado de perto, ainda atuando com o nome seguido com a expressão em recuperação judicial.³⁵

Superado este período, com a devida correspondência as obrigações, assume-se a confiabilidade do devedor, por tal presunção o processo de recuperação é até mesmo encerrado, conseqüentemente finalizando-se também a atuação do administrador judicial e do comitê de credores, se houver.

Porém, caso não cumpridas as obrigações contraídas, o juiz de ofício ou a requerimento, irá determinar a convocação da recuperação em falência, o professor Sérgio Campinho complementa:

Decretada a falência, nessas condições, os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, operando-se, entretanto, a dedução de valores eventualmente pagos. Ficam, outrossim, ressaltados os atos validamente praticados no âmbito da recuperação judicial.³⁶

Novamente, cumpridas todas as obrigações previstas no plano, será decretado o encerramento da recuperação, sendo determinado na sentença: a) que seja apurado o saldo das custas judiciais a serem recolhidas; b) a apresentação de relatório circunstanciado por parte do administrador judicial, referente a execução do plano, no prazo máximo de 15 (quinze) dias; c) o pagamento dos honorários do administrador judicial; d) a dissolução de eventual comitê de credores, bem como a exoneração do administrador judicial; e) que o Registro de Empresa Mercantis seja comunicado para tomar as providências necessários quanto ao cancelamento da anotação da recuperação judicial do devedor e que exclua seu nome do banco de dados dos devedores estaduais.

³⁵ TOMAZETTE, 2020. p. 267.

³⁶ CAMPINHO, 2018. p. 185.

4 FALÊNCIA

Como exceção da execução individual, temos o processo de falência que consiste em um processo judicial de execução concursal do patrimônio do empresário devedor.

A decretação judicial de falência só irá ocorrer em três tipos de processos, quais sejam: I. na recuperação judicial, pois como anteriormente visto, a recuperação judicial pode se convolar em falência nos casos de não apresentação do plano de recuperação judicial no prazo de 60 dias, contados do despacho que deferiu o processamento da recuperação, também será convolado em falência caso a assembleia de credores rejeite o plano ou delibere neste sentido e, por fim, nos casos de descumprimento das obrigações assumidas no plano durante o período de observação; II. na auto falência, requerida pelo próprio empresário ou nos casos das sociedades empresárias pelos administradores (dependendo da manifestação de vontade dos sócios ou acionistas) e sendo uma forma de demonstração de boa-fé do encerramento regular de suas atividades; e III. no pedido de falência, ajuizado por qualquer credor, pelos herdeiros, inventariante e cônjuge sobrevivente e, por fim, pelos sócios ou acionistas.

4.1 CONCEITO

A superação da crise econômico-financeira da empresa nem sempre é possível, podendo o endividamento chegar ao ponto de inviabilizar o prosseguimento das atividades empresárias, sendo assim, deve-se então instaurar o procedimento de liquidação do patrimônio da sociedade empresária ou do empresário que se encontra em estado de insolvência, para que seu patrimônio ativo faça frente ao patrimônio passivo, tanto quanto possível. A este procedimento, damos o nome de falência. Segundo Gladston Mamade:

Falência é o procedimento pelo qual se declara a insolvência empresarial e se dá solução à mesma, liquidando o patrimônio ativo e saldando, nos limites da força deste, o patrimônio passivo do falido.³⁷

³⁷ MAMEDE, Gladston. **Falência e recuperação de empresas**. 11. ed. – São Paulo: Atlas, 2020. p. 222.

Para melhor compreender o conceito apresentado pelo autor, necessita-se discorrer sobre os pressupostos da falência.

4.2 PRESSUPOSTOS DA FALÊNCIA

O primeiro pressuposto para a instauração da falência trata-se de natureza subjetiva, ou seja, a legitimidade passiva pertencente a qualquer empresário, exigindo o texto legal apenas um devedor em crise que não se adeque as condições para a recuperação judicial. Ademais, ressalta-se que as empresas públicas e as sociedades de economia mistas, mesmo sendo entes empresários, em princípio, por expressa determinação legal, não poderão ter sua falência decretada.

Como segundo pressuposto para a instauração da falência, tem-se a necessidade de haver a caracterização da insolvência, porém, a insolvência necessária aqui é a jurídica e não econômica.

A insolvência econômica também conhecida como insolvência civil, é a condição patrimonial em que um devedor possui um passivo maior do que seu ativo, ou seja, o devedor não tem patrimônios suficientes para saldar todas as suas dívidas.

Quanto a insolvência jurídica, é aquela que não se demonstra economicamente, mas sim é presumida, por estar o devedor diante de uma das situações dispostas no art. 94 e incisos da Lei nº 11.101/05, vejamos:

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

- I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência;
- II – executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal;
- III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial:
 - a) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos;
 - b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não;
 - c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo;
 - d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor;
 - e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo;
 - f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento;

g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial.³⁸

A primeira hipótese para a caracterização da insolvência jurídica é a chamada impontualidade injustificada, refere-se ao não cumprimento de obrigação líquida superior a 40 salários mínimos (podendo inclusive haver a reunião em litisconsórcio dos credores, para que por meio da somatória de seus créditos individuais, tenha-se o montante necessário), sem que haja uma relevante razão jurídica por parte do empresário ou da sociedade empresária. Nos ensinamentos de Fabio Ulhoa Coelho, com obrigação líquida entende-se aquelas representadas por título executivo, judicial ou extrajudicial protestado.³⁹

Também ficará verificada a insolvência jurídica nos casos de execução frustrada, esta nada mais é do que a ocorrência de uma tentativa de execução por quantia certa em face do empresário devedor ou sociedade empresária devedora, havendo uma tríplice omissão por parte destes: não pagam, não depositam e não nomeiam para serem penhorados bens suficientes no prazo legal.

Por fim, será considerada insolvência jurídica a prática de atos de falência, estes compreendidos como condutas previstas nas alíneas do art. 94, inciso III da Lei Falimentar, que ao serem executadas, representam grandes riscos para a atividade empresária, por isso, permitem que seja feito o pedido de decretação de falência.

Cabe ressalvas de que a insolvência jurídica, seja ela confessada ou presumida, não se confunde com a falência, visto que esta última se refere a uma situação de direito constatada apenas com a decretação judicial reconhecendo a legitimidade passiva e a presença da insolvência.

4.3 SENTENÇA DECLARATÓRIA DA FALÊNCIA

Verificado os dois pressupostos materiais para a instauração do concurso falimentar, ou seja, devedor empresário e a insolvência jurídica, será proferida sentença pelo juiz decretando a falência do devedor.

³⁸ BRASIL. **Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 13 novembro. 2020.

³⁹ COELHO, 2011. p. 318.

A sentença declaratória de falência, embora a nomenclatura dada pelo legislador, na verdade trata-se de decisão de natureza constitutiva, assim explica Fabio Ulhoa Coelho:

A sentença declaratória da falência não é declaratória, mas constitutiva, porque altera as relações entre os credores em concurso e a sociedade devedora falida, ao fazer incidir sobre elas as normas específicas do direito falimentar.⁴⁰

Como bem elucidado pelo autor, esta sentença cria uma nova situação jurídica, sendo que seus efeitos não retroagem, embora produza efeitos pretéritos, ora, o fato de ser falido da sentença em diante, não faz com que os feitos realizados antes da sentença sejam ignorados.

Na sentença que decreta a falência deverá constar a fixação do termo legal, que segundo Gladston Mamede, seria “o marco inicial, o *dies a quo* do estado (ainda que presumido) de insolvência empresarial do devedor, dando ao decreto falimentar a sua dimensão retroativa (efeitos *ex tunc*)”⁴¹. Basicamente, este marco inicial servirá pra discriminar o período que antecede a decretação da falência, que será utilizado pela auditoria dos atos praticados pela sociedade falida, chamado também de período investigatório, que terá seu fim com a decretação da falência. É objeto de investigação neste período, os atos praticados pelo falido, especificamente os ilegítimos em detrimentos dos credores.

Com o objetivo de permitir um adequado seguimento ao processo, a sentença que decreta a falência, também irá determinar a suspensão das ações e execuções individuais contra o falido, somente não serão suspensas as ações que requerem quantias ilíquidas. De mesmo modo, também serão suspensos os prazos prescricionais.

O juiz ainda irá nomear o administrador judicial que irá auxilia-lo na condução do processo, podendo também, convocar a assembleia geral de credores para constituir um comitê de credores.

Ainda, deverá estabelecer a sentença se irá ocorrer a continuação provisória dos negócios do falido ou a lacração de seus estabelecimentos. Quanto a este assunto, Marlon Tomazetti complementa:

⁴⁰ COELHO, 2011. p. 337.

⁴¹ MAMEDE, 2020. p. 268.

Embora a lei use a conjunção alternativa ou, levando a crer que o juiz terá que decidir necessariamente pela lacração ou pela continuação, na verdade acreditamos que o juiz terá ampla liberdade. Ele poderá decidir pela lacração, pela continuação das atividades, pela lacração de certas unidades e pela continuação em outras ou ainda pela não continuação das atividades, sem a necessidade de lacração de qualquer unidade produtiva.⁴²

Fato é que a manifestação do juiz sobre este tema é obrigatória e sensato seria dizer que o magistrado não ficará a distrito de uma opção ou outra pois, a lacração de algumas atividades pode se demonstrar interessante, outras nem tanto, devendo continuar estas.

Esta decisão põe fim a fase pré-falimentar, cumprindo o terceiro pressuposto da falência, passando-se então para a fase da falimentar propriamente dita. Verificada a regular publicação da sentença, é aberto aos interessados a possibilidade de interpor o recurso, em princípio seria cabível a apelação, contudo, pelo fato de que a falência deve continuar correndo, para atingir seu objetivo final o legislador estabelece como recurso cabível o de agravo.

Ressalva-se que nos casos de improcedência do pedido, o recurso cabível continuará sendo o de apelação no prazo de 15 dias. Agora, se a sentença decretar a falência, e quanto a natureza desta decisão não restam dúvidas, será cabível o agravo de instrumento.

4.4 EFEITOS DA FALÊNCIA

Como mencionado anteriormente, a sentença que irá decretar a falência possui natureza constitutiva, sendo assim, a partir desta será criado o *status* jurídico de falido, gerando efeitos sobre a pessoa, obrigações, contratos e bens do falido.⁴³

Em princípio somente o devedor será falido, porém, há casos de extensão da falência, em que outros indivíduos também serão atingidos. Primeiramente podemos ter a extensão da falência para os sócios de responsabilidade ilimitada, pois se estes têm o dever de pagar as dívidas da sociedade, por obvio que a falência também lhes alcançara.

⁴² TOMAZETTE, 2020. p. 380.

⁴³ Ibid., p. 386.

Na sociedade limitada ou na sociedade anônima, com o capital social integralizado em sua totalidade e diante do fato que os sócios/acionistas não terem responsabilidade pelas obrigações sociais, não poderá haver a extensão aos sócios ou acionistas. Contudo, nada impede de haver a responsabilidade pessoal dos sócios, controladores e administradores das sociedades, sendo tal responsabilidade apurada em uma ação perante o próprio juízo falimentar. Porém, asseverasse não se tratar de extensão da falência.

Também é permitido a extensão da falência nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, porém, trata-se de exceção nos casos em que é autorizado a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida e não da massa falida. Tomazette explica:

Não se cogita aqui de desconsideração da massa falida, que é um sujeito de direitos criado para possibilitar o melhor andamento da falência. O que se desconsidera é a personalidade jurídica da sociedade falida, isto é, há uma pessoa jurídica a ser considerada.⁴⁴

Como verificasse, a desconsideração da personalidade jurídica na falência tem o objetivo de estender à pessoa do sócio ou do administrador, os efeitos falimentares para que assim se reprima o desvio de função da pessoa jurídica praticado por eles.

Quanto a pessoa do falido, como efeito primário, a decretação da falência irá fazer com que ocorra o afastamento do devedor de suas atividades (art. 75 da Lei n. 11.101/05). Nos casos do empresário individual, este irá perder a administração da empresa, assim acontecerá também com a sociedade empresária, fazendo com que ocorra o afastamento do administrador societário da condução dos negócios e a extinção do poder dos sócios de deliberar por meio de reunião ou assembleia, sobre as atividades sociais.

Gladston Mamede, assegura que existe a conservação da titularidade dos patrimônios morais no caso do empresário individual, compreendendo estes seus direitos de personalidades físicos, psicológicos e sociais, o que se perde é apenas a administração de seu patrimônio. Nos casos das sociedades empresárias isto não ocorre.⁴⁵

⁴⁴ TOMAZETTE, 2020. p. 390.

⁴⁵ MAMEDE, 2020. p. 290.

A decretação de falência faz com que todo o patrimônio econômico do devedor se incorpore a massa falida, que novamente nos ensinamentos de Gladston Mamede, seria “uma universalidade de relações jurídicas ativas e passivas, ou seja, de faculdades e obrigações, submetida à liquidação, visando à solução possível e legal do impasse econômico e jurídico criado pela insolvência”⁴⁶.

Outro efeito da decretação da falência é a dissolução da sociedade falida, significando dizer que a partir daí, irá ocorrer procedimentos legais, contábeis e tributários, objetivando a extinção da sociedade. De modo excepcional, Marlon Tomazette explica a divergência entre a dissolução e a extinção da sociedade:

A dissolução *lato sensu* é o processo de encerramento da sociedade que objetiva a extinção da pessoa jurídica. Esse processo deve ter um marco inicial, isto é, deve ocorrer um fato para desencadear todo o processo. Esse fato é o que denominamos dissolução *stricto sensu*, que pode ser entendido como a causa do encerramento da sociedade. Nesse momento, opera-se uma alteração no objetivo da sociedade. Em vez de objetivar a produção dos lucros, a sociedade passa a objetivar o acerto de sua situação patrimonial.⁴⁷

Sendo assim, nota-se que a personalidade jurídica da sociedade não irá se extinguir de plano, como já pacificado pela jurisprudência⁴⁸, a massa falida tem exclusivamente personalidade judiciária, permitindo sua participação nos processos instaurados pela empresa, ou contra ela, no Poder Judiciário.

Com a decretação da falência ou do sequestro de seus bens, é retirado do devedor o direito de administração sobre seus bens, bem como deles dispor, devendo contentar-se em fiscalizar a administração da falência, podendo apresentar-se em juízo para a conservação de seus direitos ou dos bens arrecadados.

Pode-se dizer também, que um dos efeitos da falência é o fim do sigilo das correspondências empresariais do falido, este efeito busca assegurar ao administrador judicial um maior acesso as informações. Quanto as correspondências que desinteressam a massa falida, serão entregues ao devedor.

⁴⁶ MAMEDE, 2020. p. 290.

⁴⁷ TOMAZETTE, 2020. p. 408.

⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). **Recurso Especial 1.372.243/SE**. Tributário e processual civil. Recurso especial representativo da controvérsia. Art. 543-C do CPC. Resolução n. 8/2008 do STJ. Execução fiscal ajuizada contra pessoa jurídica empresarial. Falência decretada antes da propositura da ação executiva. Correção do polo passivo da demanda e da CDA. Possibilidade, a teor do disposto nos arts. 284 do CPC e 2º, §8º, da lei n. 6.830/880. Homenagem aos princípios da celeridade e economia processual. Inexistência de violação da orientação fixada pela súmula 392 do Superior Tribunal de Justiça. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Eletrojulio Comércio e Representações Ltda – Massa Falida. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Julgamento: 11 de dez. de 2013. Publicação: 21/03/2014.

De acordo com o art. 81, §2º da Lei Falimentar, as sociedades falidas serão representadas durante a falência por seus administradores, ou, se o pedido de falência se deu durante a liquidação (judicial ou extrajudicial), tal representação será de competência do liquidante. Em ambas as hipóteses, os representantes ficarão sujeitos aos mesmo direitos e deveres que cabem ao falido.

Os sócios conservam o direito de escolher a quem cabe a representação civil da comunidade de sócios, podendo quem representava a sociedade se destituir da representação da massa falida, como também pode a comunidade de sócios afastar-se assim quiserem. Tal afastamento contudo, não irá eximir o administrador dos efeitos da falência, como por exemplo, sua inabilitação empresarial, pois trata-se de condição personalíssima e não agregada a função.

Também, determinados atos praticados pelo falido podem prejudicar o tratamento igualitário entre os credores, portanto, como meios de conservar suas garantias patrimoniais, temos a ação revocatória e a declaração de ineficácia dos atos. Esta última, tem o objetivo além de restabelecer a igualdade entre os credores, perdida diante do distúrbio ocorrido com o desenvolvimento anormal da atividade, o retorno de bens que sequer deveriam ter saído do conjunto de bens do devedor.

Vale reforçar que se trata de hipótese de ineficácia de atos em relação à massa falida, conseqüentemente não se fala em invalidação de atos praticados. Comparando a legislação francesa com nossa lei pátria, Tomazette exemplifica:

O sistema francês foi reformado para tratar tais casos, agora como nulidade. No Brasil, porém, o ato não é nulo, nem anulável, mas apenas ineficaz em relação à massa, isto é, produz efeitos entre as partes e perante terceiros, mas não perante a massa. É como se o ato não existisse para a massa falida, vale dizer, trata-se de uma espécie de inoponibilidade, assim como no direito italiano.⁴⁹

Ou seja, com a declaração de ineficácia não ocorre a produção de efeitos em face da massa falida, apenas irá haver o retorno do bem ou valor para a massa falida ou o reestabelecimento da situação em que se encontravam os credores antes do ato praticado.

⁴⁹ TOMAZETTE, 2020. p. 492.

4.4.1 Obrigações do Falido

A decretação da falência também fará com que o falido tenha de realizar determinações legalmente instruídas, constantes no art. 104 da LREF. Primeiramente, deverão o falido e os administradores ou liquidantes, comparecer em juízo para constituir um termo de comparecimento aos autos, objetivando o fornecimento de informações iniciais e o auxílio no decorrer do processo.

Outra obrigação adquirida pelo falido é a entrega de bens, livros, papéis e documentos da sociedade falida em juízo, tudo isto partindo-se do princípio do dever geral de colaboração. Eventual omissão do falido, gerará sua intimação pessoal para a entrega do que foi requerido, sob pena de configurar-se o crime de desobediência.

É primordial que no processo de falência haja mecanismos que assegurem a proteção da igualdade material entre o coletivo dos credores do devedor. Estes efeitos só não serão aplicados as obrigações inexigíveis na falência, pois estas obrigações não serão pagas no processo, por exemplo, não seria razoável o devedor diante de uma crise, ter de cumprir com alguma obrigação a título gratuito que não lhe dará retorno algum.

Também não poderão serem exigidas, as despesas judiciais e extrajudiciais arcadas pelos credores ao entrarem no processo, porém, as custas processuais advindas da relação do devedor e credor, sendo o devedor vencido, poderão serem exigidas.

Quanto aos créditos oriundos de multas e a pensões alimentícias, são exigíveis, tal interpretação decorre do silêncio da nova legislação falimentar. Sobre o tema, Tomazette discorre:

Diferentemente da legislação anterior, são exigíveis e, conseqüentemente, se sujeitam aos efeitos da falência os créditos referentes a multas e a pensões alimentícias. Especificamente, no que tange às pensões, o silêncio da Lei n. 11.101/2005 deve ser interpretado como a não repetição da orientação do revogado Decreto-lei n. 7.661/45, ou seja, tais obrigações passam a ser exigíveis, apesar das críticas.⁵⁰

Ou seja, os créditos de pensão alimentícia já existentes, devido a sua natureza de alimentos, se sujeitarão aos efeitos da falência, por óbvio que o *status* de falido do

⁵⁰ TOMAZETTE, 2020. p. 412.

devedor poderá acarretar na redução ou extinção das verbas alimentares, porém quanto as já existentes, continuarão a serem exigíveis.

O processo de falência irá alcançar todos os credores da falida, sejam eles civis ou comerciais, para que possam receber créditos tanto quanto for possível. Porém, não irá se submeter aos efeitos da falência o credor fiscal, tendo em vista a proteção do interesse público por de trás da arrecadação tributária, estes são excluídos de qualquer concurso. De modo geral, Ulhoa Coelho diz:

Desse modo, excepcionando, de um lado, o credor fiscal (que não está sujeito a concurso) e, de outro, os excluídos da falência (em atenção aos interesses da comunhão dos credores), os demais têm apenas na execução concursal falimentar o único meio de cobrança de seus créditos. Para identificá-los, a lei estabeleceu um procedimento específico, denominado verificação de crédito.⁵¹

A verificação de crédito que trata o autor, tem como marco a publicação do edital da sentença de decretação da falência, contendo a íntegra da decisão e a relação dos credores (nos casos de autofalência, esta relação instrui a petição inicial ou é apresentada nos 3 dias seguintes da decretação de falência). Então, é aberto o prazo de 15 dias para os credores apresentarem suas habilitações ou eventuais divergências em relação aos seus créditos para o administrador judicial, podendo este rever ou manter a relação já apresentada pelo falido. Sendo feitas alterações, irá ser realizada nova publicação da relação, com as devidas modificações, abrindo assim o prazo de 10 dias para eventuais novas impugnações. Por fim, com a resolução das impugnações, será organizado o quadro geral dos credores pelo administrador judicial, cabendo ao juiz homologar.

4.4.2 Efeitos da Falência Quanto aos Credores

Declarada a falência, segundo Fabio Ulhoa Coelho⁵², teremos quatro efeitos principais, quais sejam: a formação da massa falida subjetiva, a suspensão das ações individuais em curso contra a sociedade falida, a suspensão da fluência dos juros e o vencimento antecipado dos créditos.

⁵¹ COELHO, 2011. p. 398.

⁵² Ibid., p. 399.

De acordo com Marlon Tomazette, a massa falida subjetiva é “o sujeito de direitos, sem personalidade, dirigido à consecução dos objetivos da falência”⁵³. Ou seja, a massa falida subjetiva não é pessoa jurídica, não podendo praticar atos jurídicos em geral, portanto, limitando-se a prática de atos compatíveis com a sua finalidade de proteção dos interesses dos credores em geral, podendo por exemplo, atuar como sucessora da falida em uma ação de cobrança em face dos devedores do falido.

Resta esclarecer que a massa falida objetiva já anteriormente apresentada, trata-se do conjunto de bens arrecadados do patrimônio do falido, não se confundindo, portanto, com o sujeito despersonalizado, composto pelos interesses dos credores.

Com a instauração do processo de falência, também serão suspensas as execuções individuais em tramite em face do falido, salvo as de natureza fiscais. Quanto as ações e execuções não suspensas, como é o caso das execuções individuais com hasta já designada e as já realizada, haverá o prosseguimento com a massa falida configurando o polo, sendo representada judicialmente pelo administrador judicial.

Outro efeito quanto aos credores da instauração da falência é a suspensão da fluência de juros, podendo somente ser cobrados aqueles devidos à data da decretação. Depois de decretada a falência, não poderá haver a fluência dos juros enquanto pendurar o pagamento do valor principal corrigido devido a todos os credores. Só haverá o pagamento dos juros posteriores à decretação, nos casos em que com a venda dos bens do falido, se pague todas as dividas da massa falida e os credores em sua totalidade. Não será aplicada tal regra, nos casos das obrigações com garantia real, estas se o bem onerado suportar, serão pagos os juros posteriores a falência.

Por fim, a falência irá fazer com que ocorra a antecipação dos vencimentos de todos os créditos em face da sociedade falida. Esta antecipação acontece, pois, do valor destes créditos antecipados, serão abatidos os juros legais, salvo se outra taxa for convencionada.

⁵³ TOMAZETTE, 2020. p. 477.

4.5 CLASSIFICAÇÃO DOS CREDORES

Em conformidade com o princípio *par conditio creditorum*, no juízo concursal, todos os credores assumem condição paritária. Entretanto, tal condição não se manifesta de maneira absoluta, sendo assim, trazendo preceitos da justiça distributiva, existem diferenças entre os créditos no processo de falência, considerando para tanto sua natureza jurídica e origem.

Em relação ao concurso de credores, Gladston Mamede, explica:

(...) o concurso de credores (*concursum creditorum*) e, como sua expressão judiciária, o juízo universal, compreende-se como ambiente jurídico cuja função é garantir que todos os credores, titulares de créditos de mesma natureza, sejam tratados em igualdade de condições, embora reconheça que, diante da probabilidade da ausência de patrimônio ativo em valor suficiente para atender a todos os credores, seja preciso preferir alguns créditos/credores em desproveito de outros. O princípio da *par conditio creditorum* assume, destarte, outra expressão: tratamento dos credores iguais em igualdade de condições, aceitando-se que credores desiguais sejam tratados de forma desigual; é o princípio da *praefereantia creditorum in concursu*.⁵⁴

O concurso de credores trata-se de comando legislativo, devendo o juízo observar as classes para efetuar o pagamento dos credores, podendo somente seguir para outra classe com o regozijo total da anterior. Por óbvio, pode ocorrer de não serem todas as classes atendidas.

Como crédito prioritário, acima de qualquer outro, estão os derivados da relação de trabalho, havendo um limite de 150 salários mínimos por credor, também terá esta mesma prioridade os créditos de acidentes de trabalhos. Cabe ressaltar que se trata de benefício *ex personae*, sendo assim, eventuais créditos trabalhistas cedidos a terceiros, perderão esta preferência, sendo considerados créditos quirografários.

Em segundo lugar, temos os créditos em garantia real até o limite do bem gravado, ou seja, a importância efetivamente arrecada com sua venda (no caso de alienação em bloco, será o valor de avaliação do bem individualmente considerado). Sobre a garantia real, Gladston Mamede, destaca:

A garantia real vincula uma obrigação a um direito de propriedade sobre coisas ou titularidade sobre direitos e créditos, com oposição *erga omnes*.

⁵⁴ MAMEDE, 2020. p. 412.

Tem-se uma sujeição do bem dado em garantia, *por vínculo real, ao cumprimento da obrigação*, abstraindo-se quem seja, ao tempo da execução ou da medida cautelar, o dono do bem (art. 1.419 do Código Civil). O bem ou bens dados em garantia são como que *separados* juridicamente das demais obrigações eventualmente existentes, apenas lhes servindo se, uma vez satisfeita a dívida garantida, sobre valores que retornarão ao patrimônio comum.⁵⁵

Em relação a garantia real, esta é prestada em favor da dívida e não do credor, ou seja, nos casos de cessão de crédito, haverá a transmissão da condição ao cessionário, pois o vínculo real acompanha a obrigação.

Pagos os créditos anteriormente citados, será a vez dos créditos tributários, não importando sua natureza ou tempo de constituição, ou seja, não há diferença entre os tributos federais, estaduais, distritais e municipais, sendo corrente o pagamento destes. De mesmo modo, não haverá a distinção entre taxas e contribuições. Ainda, em qualquer dos casos, ficam excluídas as multas tributárias, que somente serão pagas após os créditos quirografários.

Em seguida, temos os créditos com privilégio especial, entendidos como aqueles presentes no art. 964 do CC⁵⁶, os em favor de microempreendedores ou os assim definidos em legislação civil e empresarial diversa. Não existe hierarquia entre os créditos com privilégio especial, além disso, se aplica a estes o limite de 150 salários mínimos.

O próximo na hierarquia dos créditos, são os com privilégio geral, abarcando nesta categoria, os créditos derivados de obrigações instituídas durante a recuperação judicial, os assim definidos por legislação civil ou comercial diversa e os créditos previstos no art. 965 do CC⁵⁷.

⁵⁵ MAMEDE, 2020. p. 416.

⁵⁶ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 02 de mai. de 2021. Art. 964. Têm privilégio especial: I - sobre a coisa arrecadada e liquidada, o credor de custas e despesas judiciais feitas com a arrecadação e liquidação; II - sobre a coisa salva, o credor por despesas de salvamento; III - sobre a coisa beneficiada, o credor por benfeitorias necessárias ou úteis; IV - sobre os prédios rústicos ou urbanos, fábricas, oficinas, ou quaisquer outras construções, o credor de materiais, dinheiro, ou serviços para a sua edificação, reconstrução, ou melhoramento; V - sobre os frutos agrícolas, o credor por sementes, instrumentos e serviços à cultura, ou à colheita; VI - sobre as alfaias e utensílios de uso doméstico, nos prédios rústicos ou urbanos, o credor de aluguéis, quanto às prestações do ano corrente e do anterior; VII - sobre os exemplares da obra existente na massa do editor, o autor dela, ou seus legítimos representantes, pelo crédito fundado contra aquele no contrato da edição; VIII - sobre o produto da colheita, para a qual houver concorrido com o seu trabalho, e precipuamente a quaisquer outros créditos, ainda que reais, o trabalhador agrícola, quanto à dívida dos seus salários. IX - sobre os produtos do abate, o credor por animais. (Incluído pela Lei nº 13.176, de 2015).

⁵⁷ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 02 de mai. de 2021.

Segue-se então para os créditos quirografários, considerados como créditos ordinários, ou seja, são os créditos taxados como comuns, compreendendo assim uma grande gama de créditos. Também serão considerados quirografários, eventual saldo dos créditos que a alienação dos bens vinculados ao seu pagamento não cobriu e os saldos dos créditos advindo da legislação trabalhista que excedam o limite legal de 150 salários mínimos.

As multas e penas pecuniárias por infrações penais ou administrativas são os próximos créditos a serem pagos. Como bem pontua Mamede:

Os créditos pelas relações jurídicas que estão listados nas seis primeiras classes de preferência, dos trabalhistas aos quirografários, estão fundados em desvantagens experimentadas por seus credores originários, sendo onerosos por excelência: o trabalho, o mútuo, a prestação de serviço, a benfeitoria etc. Mesmo a verba indenizatória se faz como retribuição pelos danos causados pela atividade empresária. As multas e as penas pecuniárias, todavia, não expressam tal realidade: são, por definição, sanções a comportamentos ilícitos: descumprimento da lei ou do contrato, servindo mais à punição do devedor do que à contraprestação e/ou indenização do credor.⁵⁸

Vemos, portanto, a preocupação do legislador na satisfação primeiramente dos credores, para só então dar continuidade a punição do devedor por eventual comportamento ilícito.

Finalmente, se pagos todos os créditos anteriores, será a vez dos créditos subordinados. São considerados subordinados os créditos que assim são previstos em lei ou em contrato, bem como os créditos dos sócios e administradores que não possuem vínculo empregatício.

Art. 965. Goza de privilégio geral, na ordem seguinte, sobre os bens do devedor: I - o crédito por despesa de seu funeral, feito segundo a condição do morto e o costume do lugar; II - o crédito por custas judiciais, ou por despesas com a arrecadação e liquidação da massa; III - o crédito por despesas com o luto do cônjuge sobrevivente e dos filhos do devedor falecido, se foram moderadas; IV - o crédito por despesas com a doença de que faleceu o devedor, no semestre anterior à sua morte; V - o crédito pelos gastos necessários à manutenção do devedor falecido e sua família, no trimestre anterior ao falecimento; VI - o crédito pelos impostos devidos à Fazenda Pública, no ano corrente e no anterior; VII - o crédito pelos salários dos empregados do serviço doméstico do devedor, nos seus derradeiros seis meses de vida; VIII - os demais créditos de privilégio geral.

⁵⁸ MAMEDE, 2020. p. 423.

4.6 PROCESSO DE FALÊNCIA

Superada a fase pré-falimentar com a sentença em que decretasse a falência, passasse para a fase falimentar propriamente dita. Esta fase tem como principais objetivos a apuração e realização do ativo e do passivo do empresário devedor.

A apuração do ativo da sociedade falida é realizada pela arrecadação dos bens da devedora e, também, pelo procedimento da restituição. A arrecadação dos bens representa a constrição judicial do patrimônio do devedor, abrangendo todos os bens de sua propriedade, bem como os bens que estão em sua posse.

Por óbvio, não poderá ocorrer a liquidação dos bens não integrantes do patrimônio do devedor, ou seja, que estão meramente em sua posse, sendo assim, a forma de retirá-los da massa arrecadada é o pedido de restituição.⁵⁹

Atendendo ao princípio da boa-fé, as mercadorias entregues às vésperas da falência à agora, sociedade falida, deverão também serem restituídas. Do mesmo modo, ocorrera a restituição dos créditos decorrentes de adiantamentos de cambio para exportação, devendo para tanto o prazo total da operação não exceder o previsto em normas específicas da autoridade competente, abarcando este prazo eventuais prorrogações. Ainda, deverá ser preservado o direito de terceiro de boa-fé em eventual prejuízo pela declaração de ineficácia de ato, efeito este ocorrido pela decretação da falência, devendo, portanto, seus bens serem restituídos.

4.6.1 Liquidação

A liquidação trata-se de um dos principais escopos do processo falimentar, de acordo com Fabio Ulhoa Coelho⁶⁰, constituísse como um conjunto de atos, por parte do juízo falimentar, visando a realização do ativo e a satisfação do passivo da sociedade falida.

A realização do ativo é feita por meio da venda dos bens arrecadados e da cobrança dos devedores da sociedade falida. Já a satisfação do passivo, compor-se no pagamento dos credores admitidos na verificação.

Primeiramente, ocuparemos em dissertar sobre a venda dos bens arrecadados, destaca-se aqui a concretização do princípio da preservação da empresa, pois

⁵⁹ COELHO, 2011. p. 412.

⁶⁰ Ibid., p. 432.

inicialmente o que instituiu o legislador foi a preferência da alienação da empresa como um todo, para que assim possa haver a continuidade da atividade empresarial.

Destaca o doutrinador Gladston Mamede:

A preocupação com a preservação da empresa, para a manutenção de suas atividades e de sua função social também escora-se no sistema de realização dos ativos instituído pela Lei 11.101/05. Assim, em lugar de valorizar a venda de bens isolados, o legislador preferiu prestigiar a venda de bens coletivos, incluindo da empresa como um todo, em bloco, percebendo que quem faliu foi o empresário ou a sociedade empresária (sujeitos) e não a empresa (objeto).⁶¹

Verificando referida preocupação, observasse que o legislador no art. 140 da Lei Falimentar, determinou que a alienação dos bens do falido seguisse a seguinte ordem: I – alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco; II – alienação da empresa, com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente; III – alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor; IV – alienação dos bens individualmente considerados.

Veja-se, portanto, que não sendo atraente a venda da empresa em bloco, deve-se preferir a venda de complexos de bens organizados, ainda, poderá ser mais interessante a venda de um conjunto de bens que integram ao complexo organizado. Em último caso, somente quando verificado que nenhuma das formas de alienações anteriores será viável, ocorrerá a venda individual de bens.

A venda dos bens poderá ocorrer ainda de forma ordinária ou extraordinária, na primeira os órgãos da falência deverão respeitar a ordem de preferência (acima discorrida) e a forma de alienação. Existem três modalidades para a alienação dos bens, quais sejam: leilão, proposta e pregão

Na modalidade de leilão a venda será feita em hasta pública judicial, por lances orais, devendo ser aplicado no que couber, as regras do CPC sobre o tema.

A alienação por proposta é aquela em que os interessados entregam envelopes lavrados em cartório, contendo o preço que estão dispostos a pagar pela empresa ou pelos bens do falido. Feito isto, o juiz irá abrir os envelopes, no dia e hora designados em edital, acatando a mais viável para a massa falida.

Por fim, o pregão trata-se de modalidade híbrida das duas anteriores, sendo consistido em um primeiro momento no recebimento de propostas da mesma forma

⁶¹ MAMEDE, 2020. p. 429.

da alienação por propostas fechadas, seguindo então para um leilão por lances orais com a participação dos titulares de lances não inferiores a 90% da maior proposta ofertada, esta que por sua vez será o valor de abertura do leilão.

O juiz, ouvido o administrador judicial e atendendo à orientação de eventual comitê, decidirá qual das modalidades de alienação será procedida. Em quaisquer das modalidades, deverão serem antecedidas por publicação de anúncio em jornal de ampla circulação, com 15 dias de antecedência se tratando de bens móveis, ou 30 dias no caso de bens imóveis, sendo a publicação por outro meio de divulgação facultativa. Ainda, independentemente da modalidade de alienação, é obrigatória a intimação do Ministério Público, sob pena de nulidade do ato.

Além disso, objetivando a otimização dos bens pertencentes a massa falida, pode ocorrer a venda destes, por meios não previstos em lei, trata-se da chamada venda extraordinária, podendo ocorrer na hipótese de decisão judicial, sendo solicitada pelo administrador judicial ou havendo um elevado consenso na assembleia de credores.⁶²

Outro modo de ocorrer a realização do ativo é com a cobrança, amigável ou judicial, dos créditos em que o falido é titular. Esta cobrança é realizada pelo administrador judicial, tão logo for exigível o título correspondente ao crédito. Não havendo êxito em receber o crédito amigavelmente, o administrador judicial passa para a cobrança judicial em nome da massa falida.

As quantias arrecadas com a realização do ativo deverão serem depositadas pelo administrador judicial em conta remunerada de instituição financeira. Evidentemente, os recursos levantados com a realização do ativo provavelmente não serão suficientes para realizar o pagamento de todos os credores, por isso, o legislador optou por estabelecer uma ordem de preferência dos pagamentos, privilegiando assim os créditos considerados de maior importância.

O art. 149 da Lei de Falências, estabelece a seguinte ordem de pagamento: restituições, créditos extraconcursais e créditos concursais. Porém, ainda há créditos que devem ser antecipados, quais sejam as despesas indispensáveis à administração da falência e as verbas de natureza exclusivamente salarial, vencidas nos três meses anteriores a decretação da falência, havendo o limite de cinco salários mínimos por cada trabalhador.

⁶² COELHO, 2011. p. 438.

Pagos os créditos antecipados, em seguida passa-se ao pagamento das restituições em dinheiro. Tomazette, entende ser perfeitamente justificável esta prioridade, na medida em que os titulares da restituição não são propriamente credores e os valores restituídos referem-se a uma correção na apuração do ativo⁶³.

Sucedesse então para o pagamento dos créditos extraconcursais, pois são obrigações acolhidas pela massa falida e não pelo falido, portanto, não podem obstruir a realização do processo.

Finalmente, devem ser pagos os créditos concursais, na ordem estabelecida pelo art. 83 e anteriormente já trabalhada. Esta ordem, como bem percebe-se, leva em consideração de que o ativo não bastará para o pagamento de todos os credores, sendo assim, devem ser pagos os de naturezas mais relevantes primeiramente.

O administrador judicial deve efetuar os pagamentos de acordo com a ordem anteriormente citada, porém, nos casos em que não se pode dar o pagamento integral de qualquer categoria, bem como não havendo ordem dentro desta, procedesse para o rateio com o pagamento proporcional a todos os credores da classe.

É obrigação dos credores fazerem o levantamento de seus respectivos valores em juízo no prazo fixado pelo magistrado, caso não o façam, serão intimados para fazerem o levantamento em 60 dias, se novamente se mantiverem inertes, seus recursos serão usados para novo rateio.

Ao final, pagos todos os credores, o que sobrar será devolvido ao falido, porém, por motivos explícitos isto dificilmente ocorrerá.

4.7 ENCERRAMENTO DO PROCESSO DE FALÊNCIA E A EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DO FALIDO

Finalizada a realização e distribuição do ativo, como não existem mais recursos disponíveis, deve-se encaminhar para o encerramento da falência. Para tanto, deve o administrador judicial apresentar suas contas em juízo no prazo de 30 dias, contados da conclusão da realização do ativo e de sua distribuição aos credores.

As contas serão prestadas de forma contábil, acompanhadas de documentos que provem suas alegações, sendo processadas em autos apartados e apensados ao final aos autos da falência. O juiz ao receber as contas irá fazer com que ocorra a

⁶³ TOMAZETTE, 2020. p. 544.

publicação desta, dando à eventuais interessados o prazo de 10 dias para impugna-las. Decorrido este prazo, será intimado o Ministério Público para manifestação no prazo de 5 dias. Resolvida estas manifestações, os autos serão conclusos e sendo aprovadas as contas do administrador, será proferida sentença, sendo passível o recurso de apelação para esta decisão.

Após a aprovação das contas, no prazo de 10 dias, contados do trânsito em jugado da sentença que aprovou as contas, deve o administrador apresentar um relatório final. Este tem o objetivo de expor o valor do ativo e do passivo, da realização do ativo e dos pagamentos feitos aos credores. Também, deve no relatório descrever as responsabilidades que ainda terá o falido.

Veja-se então que este relatório se trata de uma descrição sucinta de toda a fase falimentar, bem como da fase pós-falimentar. Após apresentado o relatório, é liberado ao administrador 40% do valor reservado à sua remuneração.

Com a apresentação do relatório final, o juiz irá encerrar o processo de falência por sentença, sendo esta publicada em edital na imprensa oficial. Desta sentença é cabível o recurso de apelação.

Com a prolação da sentença é extinguido o *status* de falido, também irão se encerrar alguns dos efeitos da decretação de falência, porém como veremos a seguir, existem os efeitos que o falido continuará a sofrer. Os prazos prescricionais e eventuais ações, anteriormente suspensos, voltarão a correr do momento em que pararam, também, terá novamente o falido sua capacidade processual plena.

O encerramento da falência não fará com que ocorra necessariamente a extinção de todas as obrigações do falido, devendo o administrador judicial mencionar em seu relatório final as obrigações que ainda persistirão. As extinções dessas obrigações dependem de pedido do devedor e ocorrerão por nova sentença proferida do juízo falimentar.

A primeira forma de extinção das obrigações do devedor é o pagamento de todos os créditos, porém como exaustivamente constatado, isto dificilmente ocorrerá. De mesmo modo, ocorrerá a extinção das obrigações com suas respectivas prescrições, pois como vimos o prazo de tais voltará a correr.

As obrigações também serão extintas com o decurso do prazo de cinco anos, contados do encerramento da falência, salvo se tiver sido o falido condenado por pratica de crime falimentar. Nos casos em/ que há a condenação do falido em crime falimentar, extinguirão as obrigações com o decurso do prazo de dez anos, contados

do encerramento da falência. Entretanto, importante não nos confundirmos estes prazos, com novo prazo prescricional, visto que os prazos prescricionais voltarão a ocorrer de onde pararam, conforme destaca Gladston Mamede:

Coerentemente, não se deve interpretar os incisos III e IV do artigo 158, referindo-se ao *decurso do prazo de cinco anos e de dez anos*, como uma redefinição dos prazos prescricionais; trata-se apenas de um marco geral, quando não verificadas as hipóteses específicas, como o pagamento e, até, a prescrição de cada um dos créditos em aberto.⁶⁴

Sendo assim, o que ocorre é que existem situações em que as obrigações do falido são todas extintas pela prescrição da totalidade de seus créditos não pagos, como pode ocorrer também de haver a prescrição de uns e de outros não.

Considerando que ao encerramento da falência o falido tem seu patrimônio exaurido, o legislador optou por lhe dar benesses para ainda ao final do processo conseguir extinguir suas obrigações. Um destes benefícios é que também haverá a extinção das obrigações do falido, se este pagar, depois de já feito a realização de todo o ativo, mais de 50% dos créditos quirografários, dando-lhe a opção de depositar a quantia necessária para atingir essa porcentagem se não bastado a integral liquidação do ativo. Porém, como já debatido, existem diversos créditos anteriores aos quirografários que devem ser honrados primeiramente.

Em qualquer os casos de extinção das obrigações, a sentença deverá comunicar todas as pessoas e entidades já informadas da decretação de falência.

⁶⁴ MAMEDE, 2020. p. 448.

5 CORRENTES DOUTRINÁRIAS

Em um primeiro momento, este trabalho atentou-se a desmembrar os conceitos que norteiam as empresas estatais e a Lei de Recuperação Judicial e Falência. Tal análise se fez necessária pois, somente deste modo podemos ter um embasamento satisfatório para verificar a compatibilidade ou não entre os entes administrativos em debate e a LREF.

Como já mencionado nos primórdios desta dissertação, a doutrina, em suma, divide-se em três correntes: a primeira corrente, ao fazer uma análise estritamente literal do art. 2º, inciso I da LREF, defende a total impossibilidade de aplicar o regime de insolvência das empresas privadas às estatais. Uma segunda corrente, fundamentando-se no art. 173, §1º, inciso II da CF, sustenta a inconstitucionalidade do dispositivo mencionado na corrente anterior e, conseqüentemente, a aplicação da LREF às empresas públicas e sociedades de economia mista. Por fim, o terceiro posicionamento vai no sentido de admitir a recuperação judicial e a falência para as empresas estatais que exerçam atividade econômica, não admitindo, porém, sua incidência em relação a estes entes que prestem serviço público.

Por tanto, antes de apresentarmos nossa proposição, devemos nos debruçar em debater sobre as correntes doutrinarias mencionadas.

5.1 A IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI 11.101/05 PARA AS EMPRESAS ESTATAIS

Muitos são os autores que sustentam a inaplicabilidade da recuperação judicial e da falência às empresas estatais. Tais entendimentos vão de encontro com o disposto no art. 2º, inciso I da LREF, vejamos: “Art. 2º Esta Lei não se aplica a: I – empresa pública e sociedade de economia mista (...)”.⁶⁵

De fato, o art. 2º da LREF expressamente exclui as empresas estatais de sua incidência, portanto, o entendimento de total inaplicabilidade desta lei para com os

⁶⁵ BRASIL. **Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11101.htm>. Acesso em: 02 de abr. 2021.

entes administrativos em questão, alinhasse a uma leitura estritamente literal deste dispositivo.

Marçal Justem Filho afirma a impossibilidade em haver falência de empresas estatais tendo em vista que “somente uma lei pode determinar sua criação, dissolução ou extinção”⁶⁶.

Da mesma forma, sustenta Lucas Rocha Furtado:

A questão mais importante decorre do fato de que a criação da empresa estatal decorre de lei e somente se justifica “quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo” (CF, art. 173, caput). Ora, se a criação de uma empresa estatal precisa ser justificada em função de circunstâncias de tão elevada magnitude, poderia um juiz, a fim de satisfazer direito de credor, declarar a falência e, portanto, a extinção dessa entidade?⁶⁷

Como podemos perceber, a incompatibilidade entre o processo falimentar e as empresas estatais, levando em consideração o princípio do paralelismo das formas, ou seja, que devido a criação das estatais se dar por meio de lei, sua extinção deverá respeitar o emprego da mesma forma, também é a tese de outros autores que não admitem a falência das estatais.

Justem Filho destaca ainda não ser possível o processo de falência, pois este transfere o controle da sociedade falida para o Poder Judiciário, que por sua vez, irá designar um particular para a tomada de atos terminais, o que seria incompatível com uma das condições de existência da empresa estatal.⁶⁸

A titularidade do capital das sociedades de economia mista e das empresas públicas é outro aspecto usado pelos juristas que defendem a exclusão das empresas estatais perante a LREF. Neste sentido, discorrendo sobre as sociedades de economia mista, explica Waldo Fazzio Júnior:

Submeter as sociedades de economia mista ao regime falimentar poderia comprometer interesses nacionais envolvidos nessa espécie societária, posto que essas empresas precisam preservar sua competitividade por meio da diminuição dos riscos, dos quais a insolvência é o mais destacado.⁶⁹

⁶⁶ JUSTEM FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo** [livro eletrônico]. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. paginação irregular.

⁶⁷ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo** – 4ª ed. revista e atualizada. – Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 176.

⁶⁸ JUSTEM FILHO, loc. cit.

⁶⁹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 29.

O interesse nacional mencionado pelo autor, encontra-se no art. 173 da CF, o jurista ainda leva em consideração o §1º, inciso II, deste mesmo dispositivo, o qual impõe o regime jurídico das empresas privadas para as sociedades de economia mista que explorem atividade econômica, até mesmo no que se refere aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias. Contudo, para o autor o regime de insolvência trata-se de especial e específico, portanto, não se sujeitando as sociedades de economia mista⁷⁰.

Quanto as empresas públicas, Fazzio Júnior diz não ser rigorosamente um ente do direito privado, pois embora a pessoa seja particular, o capital é público. Ao encontrar-se em eventuais prejuízos continuados, estes entes poderão ser liquidados ou incorporados por ato do Poder Executivo, conforme estabelece o Decreto-lei 200/67.⁷¹

Neste debate, uma solução apresentada por diversos autores desta corrente doutrinária é a responsabilidade subsidiária do ente político controlador, tal meio seria o mais adequado para os casos em que as empresas estatais não cumprirem com suas obrigações perante seus credores. Marçal Justem Filho, considera ser inútil o processo de falência perante as entidades estatais, devido a esta responsabilidade civil subsidiária, segundo o doutrinador “a falência seria inútil, uma vez que não é possível a eliminação da responsabilidade civil subsidiária da entidade federativa pelas dívidas de entidades estatais a ela vinculadas”.⁷²

Esta responsabilidade subsidiária refere-se a disposta no art. 37, §6º da CF, a qual responsabiliza de maneira objetiva as pessoas de direito público pelos danos que serviços estatais irregulares causaram a terceiros.

A ideia de responsabilização subsidiária encontra raízes no revogado art. 242 da Lei das S.A., que já apresentava esta resolução, Justem Filho, contudo, diz que a revogação deste artigo não gera efeitos significativos, pois ainda assim, o processo falimentar não seria compatível com o regime das entidades da Administração Indireta.⁷³

Notável é a posição jurídica vantajosa que a responsabilidade subsidiária do Poder Público gera para as empresas estatais em face das empresas privadas, pois

⁷⁰ FAZZIO JÚNIOR, 2019. p. 29.

⁷¹ Ibid., p. 30.

⁷² JUSTEM FILHO, 2016. paginação irregular.

⁷³ Id.

desta maneira os primeiros entes sempre serão solventes, fazendo com que os investidores prefiram investir em um em detrimento do outro.

5.2 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, INCISO I, DA LREF

Ao analisarmos o art. 173, §1º, Inciso II da CF, constata-se que é mandamento constitucional a equiparação das empresas estatais exploradoras de atividades econômicas com as sociedades empresariais privadas, dessa forma, sujeitando-se tais entidades do Estado ao regime das empresas privadas. Impera o texto constitucional:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

(...)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários⁷⁴

Tendo em vista este dispositivo, inúmeros são os doutrinadores que questionam a constitucionalidade do art. 2º, inciso I da LREF, que expressamente exclui sua aplicação as empresas estatais. Entre esses autores, cabe-nos ressaltar José Edwaldo Tavares Borba, segundo o jurista, o mandamento constitucional (art. 173, §1º, II da CF) faz com que seja “manifestamente inconstitucional o preceito da lei de falência e recuperação, que exclui de sua incidência as empresas estatais”⁷⁵.

Sem fazer distinção entre estatais que prestam serviço público e estatais que exercem atividade econômica, Edwaldo Tavares Borba, sustenta que tanto as empresas públicas quanto as sociedades de economia mista, podem requerer recuperação judicial ou se sujeitar a falência, pois o art. 173, §1º, II da CF, teria estabelecido o regime jurídico próprio das empresas privadas às empresas do Estado. Ainda fundamentando-se neste dispositivo, o doutrinador também alega a

⁷⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 de abr. de 2021.

⁷⁵ BORBA, 2019. p. 487.

incompatibilidade entre a responsabilidade subsidiária do poder público e o regime das empresas privadas que deveriam observar as estatais.⁷⁶

Compartilhando referido entendimento quanto a possibilidade de falência das empresas estatais, Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, todavia, admite a responsabilidade subsidiária do Estado e ressalva não ser possível o requerimento por parte da Administração Pública da recuperação judicial ou extrajudicial. Para o autor estas teses repousam sobre o princípio constitucional da moralidade administrativa (art. 5º, LXXIII da CF), esta que por sua vez não permite ao Estado “deixar insolventes os instrumentos dos quais se utiliza para o exercício do seu papel constitucional”⁷⁷.

5.3 UMA LEITURA HERMENÊUTICA DA NORMA: A APLICAÇÃO DA LEI 11.101/05 PARA AS EMPRESAS ESTATAIS QUE EXPLOREM ATIVIDADE ECONÔMICA

Atualmente, a posição mais difundida no meio doutrinário é quanto a possibilidade de haver decretação de falência e de recuperação judicial para as empresas estatais que explorem atividade econômica, excluindo desse jeito a incidência da LREF sobre aquelas que prestem serviço público.

Quanto ao assunto, Marlon Tomazette conclui:

(...) as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público estão absolutamente excluídas da Lei n. 11.101/2005. Já as que exploram atividade econômica estão sujeitas aos seus termos, numa interpretação conforme o art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal.⁷⁸

Esta colocação deriva-se de uma análise hermenêutica da Constituição Federal, buscando a melhor aplicação dos princípios e dispositivos de nossa carta maior.

Na primeira parte deste trabalho, houve a preocupação de elucidar os conceitos que fazem parte do tema, entre eles o de atividade econômica e serviço público, tal

⁷⁶ BORBA, 2019. p. 487.

⁷⁷ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Das pessoas sujeitas e não sujeitas aos regimes de recuperação de empresas e ao da falência. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.) - **Direito falimentar e a nova lei de falência e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 100.

⁷⁸ TOMAZETTE, 2020. p. 53.

diferenciação se demonstra de suma importância para esta terceira corrente. Celso Antônio Bandeira de Mello, com aplicação nos ensina:

Quando se tratar de exploradoras de atividade econômica, então, a falência terá curso absolutamente normal, como se de outra entidade mercantil qualquer se tratara. É que, como dito, a Constituição, no art. 173, § 12, II, atribuiu-lhes sujeição “ao regime jurídico próprio das empresas privadas inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais (...)”. Disto se deduz, também, que o Estado não poderia responder subsidiariamente pelos créditos de terceiros que ficassem a descoberto, pois se o fizesse, estaria oferecendo-lhes um respaldo de que não desfrutam as demais empresas privadas.

Quando, pelo contrário, forem prestadoras de serviço ou obra pública, é bem de ver que os bens afetados ao serviço e as obras em questão são bens públicos e não podem ser distraídos da correspondente finalidade, necessários que são ao cumprimento dos interesses públicos a que devem servir.⁷⁹

De fato, verifica-se que a CF estabeleceu a submissão das empresas estatais que exerçam atividade econômica ao regime jurídico de direito privado (art. 173, §1, II), conseqüentemente, perfeitamente aplicável seria o regime falimentar. De mesmo modo, a natureza dos serviços públicos faz com que as empresas que prestem tais serviços sejam incompatíveis com o regime falimentar, isto sem qualquer inconstitucionalidade, dado o texto legal do art. 175 da CF, bem como os princípios que norteiam estes serviços⁸⁰.

Como anteriormente debatido, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado deve-se dar somente em caráter excepcional e diante de relevante interesse coletivo ou quando necessária aos imperativos da segurança nacional (art. 173, caput). Esta excepcionalidade, sobre tudo, tem escopo nos fundamentos da ordem econômica nacional (também já mencionados), quais sejam a livre iniciativa e a livre concorrência. Debatendo sobre o texto constitucional do art. 2º, inciso I da LREF, José dos Santos Carvalho Filho, pontua:

Em nosso entendimento, não foi feliz (para dizer o mínimo) o legislador nessa opção, flagrantemente ofensiva ao art. 173, § 1º, da CF. Se o dispositivo equiparou as entidades àquelas do setor privado quanto às obrigações civis e comerciais, pelo menos no desempenho de atividade empresarial, parece incongruente admitir a falência para as últimas e não o admitir para as primeiras. Na verdade, as entidades administrativas econômicas ficaram em

⁷⁹ MELLO, 2010. p 206.

⁸⁰ TOMAZETTE, 2020. p. 53.

evidente posição de vantagem em relação às empresas do setor privado, e, com certeza, não foi essa discriminação que o Constituinte pretendeu.⁸¹

Aqui percebemos outra preocupação recorrente entre os doutrinadores desta corrente, a vantagem que as empresas estatais exploradoras de atividade econômica, possuem com sua não incidência ao regime falimentar.

Sobre o assunto, Felipe do Canto Zago comenta:

Assim, quanto à análise do art. 173, da CF, verificou-se que o escopo dessa norma constitucional visou assegurar a livre concorrência, de modo que as entidades públicas que exerçam ou venham a exercer atividade econômica não se beneficiem de tratamento privilegiado em relação a entidades privadas que se dediquem à atividade econômica na mesma área ou em área semelhante.⁸²

Após leitura do art. 173 da CF, em consonância com os princípios expostos no art. 170 do mesmo dispositivo, denota-se que não há motivos plausíveis para a exclusão das empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica. O Estado no momento em que decide atuar diretamente no campo econômico não deve ser agraciado de qualquer benesse, inclusive a de ser excluído do regime falimentar.

⁸¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 34 ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 551

⁸² ZAGO, Felipe do Canto. **A falência das empresas públicas e das sociedades de economia mista**. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2720, 12 dez. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18021>. Acesso em: 2 abr. 2021.

6 POSICIONAMENTO ADOTADO - A APLICABILIDADE DA LEI Nº 11.101/05 PARA AS EMPRESAS ESTATAIS EXPLORADORAS DE ATIVIDADE ECONÔMICA

Diante de todo o conteúdo apresentado, resta-nos agora adentrarmos de fato ao questionamento fundador desta dissertação, ou seja, a possibilidade de aplicação da Lei 11.101/05 para as empresas estatais.

Como previamente debatido, a constitucionalidade da exclusão de empresas estatais da LREF é matéria em pauta desde a promulgação do art. 242 da Lei nº 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas), a qual continha a seguinte redação:

Art. 242. As companhias de economia mista não estão sujeitas à falência, mas seus bens são penhoráveis a executáveis, e a pessoa jurídica que as controla responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações.⁸³

Em 31 de outubro de 2001, passou a vigor a Lei nº 10.303 dispondo sobre o mercado de valores mobiliários e revogando o art. 242 da Lei das S.A. Contudo, novamente, em 2005 a atual Lei de Recuperação e Falência em seu art. 2º, inciso I, restaura a controvérsia existente, excluindo as empresas estatais do regime falimentar⁸⁴.

Tanto o já revogado art. 242 da Lei das S.A., quanto o atual art. 2, inciso I da LREF, deixaram de observar o texto constitucional presente no art. 173, §1º, inciso II da CF, dispositivo este que incontestavelmente sujeita as sociedades de economia mista e empresas públicas que explorem atividade econômica ao regime jurídico das empresas privadas e, portanto, ao mesmo regime falimentar aplicado.

Desde já, fica estabelecido que após todas as considerações feitas, adiante esclarecidas, a posição adotada por este trabalho é a da possibilidade de aplicar a Lei nº 11.101/05 às empresas estatais que explorem diretamente atividade econômica, excluindo assim, a incidência da LREF para os entes estatais prestadores de serviço público.

Ora, como vimos, o caráter público atribuído aos serviços públicos é a sua sujeição ao regime de direito público, portanto, ainda que a prestação destes serviços seja feita por particulares (como é o caso da delegação), a titularidade continuará

⁸³ BRASIL. **Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976.** Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acesso em: 03 de abr. 2021.

⁸⁴ BORBA, 2019. p. 487.

pertencendo ao Estado. O objeto do inciso I do art. 2 da LREF, devia limitar-se apenas as empresas estatais que prestem serviço público, somente estas deveriam submeter-se a um regime especial.

Não podemos equiparar as sociedades de economia mista e empresas públicas que prestem serviço público com as empresas privadas, sobretudo quanto a sua incidência em procedimentos concursais. Tal afirmação encontra muitos respaldos, como é o caso da impenhorabilidade de seus bens devido a sua destinação, porém, apenas o princípio da continuidade do serviço público é suficientemente para entendermos que, de fato, não poderão as empresas estatais prestadoras de serviço público falirem, ainda, também não se sujeitam a recuperação judicial ou extrajudicial, tendo em vista que estas geram restrições ao funcionamento da empresa.

Com a elaboração da Lei nº 11.101/05, o legislador teve a oportunidade de pôr um fim as controvérsias já existentes, contudo, não o fez. Novamente, de modo categórico afastou a incidência da legislação falimentar sobre as empresas estatais, sem fazer qualquer distinção entre as que prestam atividade econômica e as que executam serviços públicos. De acordo com os ensinamentos de Marlon Tomazette:

Sob a ótica do direito administrativo e da Constituição Federal, há que se diferenciar, entre as empresas estatais, as exploradoras de atividade econômica e as prestadoras de serviços públicos. As primeiras estão sujeitas ao mesmo regime das entidades de direito privado (CF – art. 173, § 1º), já as últimas estão sujeitas ao regime próprio do direito público (CF – art. 175). Tal diferenciação é fundamental, na medida em que para as últimas é possível fazer uma discriminação em relação ao regime privado.⁸⁵

Exaustivamente debateu-se sobre o contido no art. 173, §1º, inciso II da CF, tal persistência, deriva-se da indignação de que uma lei infraconstitucional afaste um comando de natureza constitucional, o que por motivos óbvios não deveria ser permitido.

Conforme salienta Felipe do Canto Zago:

Nesse passo, o processo de entendimento do texto requer análise de todo o sistema constitucional, sua interpretação diante de uma dada realidade histórica, assim como uma leitura do dispositivo legal dentro de uma visão sistemática do seu texto, inserida no ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional.⁸⁶

⁸⁵ TOMAZETTE, 2020. p. 53.

⁸⁶ ZAGO, Felipe do Canto. **A falência das empresas públicas e das sociedades de economia mista**. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2720, 12 dez. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18021>. Acesso em: 3 abr. 2021.

A soberania da Constituição Federal é primordial para o funcionamento de todo o ordenamento jurídico pátrio, injustificável será toda e qualquer norma em sentido contrário. Portanto, devemos fazer uma interpretação do art. 2º, inciso I da LREF conforme a Constituição, não somente pelo texto do art. 173, mas também pelos princípios que o fundamentam, quais sejam o da livre concorrência e da livre iniciativa, promovendo assim, uma concorrência leal entre os entes públicos que venham a exercer atividade econômica e a iniciativa privada.

A título de direito comparativo, o ordenamento jurídico italiano manteve por muito tempo o entendimento de que as sociedades públicas possuíam natureza privada, sujeitando-se assim ao regime falimentar. Porém, atualmente, tem-se difundido que as sociedades de participação pública possuem também natureza pública, não sendo permitido a falência destas. Basicamente, para esta última posição, o que há de ser verificado são os aspectos substanciais da atividade praticada pela sociedade, esquecendo-se dos aspectos formais. Este modelo assemelhasse bastante com o adotado por este trabalho, diferindo na medida em que a submissão ao regime falimentar é casuística, pois em suas sociedades cada regulamentação é específica.⁸⁷

Uma questão levantada pela doutrina que considera a falência incompatível com as empresas estatais é em relação ao fato de que como são criadas por lei, sua dissolução e extinção devem se dar pela mesma forma. Porém, conforme nos lembra Marlon Tomazette:

E não se diga que a criação por autorização legal impediria a falência, porquanto esta é apenas uma forma de liquidação e não necessariamente de extinção das sociedades. Após a falência, cessam seus efeitos e é possível a continuação das atividades, desde que haja novos investimentos.⁸⁸

De fato, a falência é forma de liquidação e não necessariamente levará a extinção da sociedade, entretanto, sabemos que a realidade muitas vezes não é essa, ou seja, dificilmente haverá a continuidade das atividades após concluído o processo falimentar. Contudo, ainda devemos nos atentar ao fato de que o princípio da simetria

⁸⁷ FERREIRA, Mariza Marques. **Sociedade de economia mista: possibilidade de recuperação judicial?**. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2011.

⁸⁸ TOMAZETTE, 2020. p. 54.

tende ser compreendido de maneira harmônica com o disposto no art. 173 da CF, tornando assim possível a dissolução das empresas estatais por decisão judicial no processo de falência⁸⁹.

Marlon Tomazette, rebatendo ao argumento de que a falência não se trata de obrigação mercantil⁹⁰, entende que esta colocação não justifica a discriminação das empresas estatais na LREF, pois o texto constitucional expressamente estabelece o regime jurídico próprio das empresas privadas para as estatais que explorem atividade econômica, regime este do qual a falência se insere⁹¹.

Cabe esclarecer que adotar a proposição em comento, não significa descartar a incidência de normas de direito público, pois como nos ensina Di Pietro, a presença da Administração Pública nas relações jurídicas de direito privado, faz com que seja necessária a aplicação parcial de normas de direito público⁹². Porém, sobretudo, devemos entender que a forma empresarial que se revestem as estatais em questão, por si só, justifica seu regime preponderantemente de direito privado.

A equiparação das empresas estatais exploradoras de atividade econômica às empresas privadas, trata-se de comando constitucional, visando dentre outros motivos, evitar a concorrência desleal para com a iniciativa privada. Não é admissível que estas sociedades quando insolventes, mantenham suas atividades de maneira plena, pois para isto provavelmente se utilizara de recursos públicos, arcando assim, a sociedade com a má gestão destas empresas.

Na decisão que reconheceu a repercussão geral no Recurso Extraordinário 1.249.945/MG, o relator, ministro Roberto Barroso, aponta a importância social, jurídica e econômica que trata esta matéria. O ministro demonstra conhecimento dos debates sobre o tema dentro do campo doutrinário, ressaltando, contudo, que isto ainda não teria refletido na jurisprudência do STF⁹³.

Portanto, conclui-se que a tese de aplicação da Lei 11.101/05 às empresas estatais que explorem atividade econômica, será confirmada, agora com a provocação

⁸⁹ FREIRE, Armando. Recuperação judicial de empresas estatais. **Decidir - Pesquisa Temática (Doutrina, Legislação e Jurisprudência)**. Ed. 2, dez. 2020.

⁹⁰ FURTADO, 2013. p. 176.

⁹¹ TOMAZETTE, 2020. p. 54.

⁹² DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Direito administrativo: pareceres**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p 315.

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.249.945/MG**. Direito administrativo e constitucional. Recurso extraordinário. Constitucionalidade da incidência do regime de falência e recuperação judicial às empresas estatais. Presença de repercussão geral. Recte.: Empresa Municipal de Serviços, Obras e Urbanização. Recte: Município de Montes Claros. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento: 05 de ago. de 2020. Publicação: 27 de ago. 2020.

do tema perante o Supremo Tribunal Federal, no entanto, continuando as prestadoras de serviço público excluídas do regime falimentar.

7 CONCLUSÃO

A presente pesquisa surgiu com o escopo de analisar a possibilidade de aplicação da Lei nº 11.101/05 para as empresas estatais. Referida discussão fundou-se em uma leitura sistemática do texto constitucional, buscando a melhor solução para o tema de maneira que levasse em consideração todos os aspectos norteadores dos entes e institutos em questão.

No primeiro capítulo deste trabalho procurou-se apresentar os entes administrativos envolvidos em nosso debate, para tanto recorreu-se a conceitos e características, sempre dando ênfase nas que mais importam para a pesquisa, como no caso da distinção existente entre as empresas estatais exploradoras de atividade econômica e as prestadoras de serviço público.

Em um segundo momento, dedicamo-nos a compreender o instituto da recuperação judicial, sobretudo o funcionamento do seu procedimento e dos efeitos gerados. Destaca-se também o objetivo da recuperação judicial, qual seja o de permitir que empresas superem a crise econômico-financeira em que se encontram, podendo ainda sim continuar suas atividades. Tais anseios são reflexos de princípios como o da função social da empresa e o da preservação da empresa, estes que se preocupam em evitar a fase de liquidação, preservando fontes produtoras, empregos e tributos.

Esta avaliação também foi feita a frente em relação a falência, não deixando de lado suas particularidades. A falência trata-se de processo de liquidação, que irá fazer com que os bens do empresário devedor façam frente ao pagamento de seus credores na ordem de preferência já determinada em texto legal. Embora não se trate de forma de extinção de empresas, existindo a possibilidade da continuidade das atividades, a realidade prática não é essa, ocorrendo muitas das vezes a dissolução empresarial.

Após apresentados os atores principais de nosso trabalho, foram trazidas a baila as principais correntes doutrinárias do tema, quais sejam: I. Os defensores da inconstitucionalidade do art. 2, inciso I da LREF, isto com fundamento no art. 173 da CF, entendendo que se deve aplicar a todas as empresas estatais o regime falimentar; II. Os que entendem ser constitucional a exclusão total das empresas estatais, levando em consideração que assim estabelece o texto infraconstitucional da LREF; III. Por fim, os que aceitam a aplicabilidade da LREF quanto as empresas estatais que

explorem atividade econômica, excluindo assim as prestadoras de serviço público de referida apreciação, estes embasam-se também no art. 173, §1º, inciso II da CF.

A teor do art. 173, §1º, inciso II da CF, as empresas estatais exploradoras de atividades econômicas sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, isto inclui o regime falimentar.

A exploração da atividade econômica, em regra, cabe somente ao particular, podendo o Estado atuar diretamente na economia quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. Tais preceitos visam assegurar os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, sendo assim, não há razões para negar que as estatais que explorem atividade econômica devam submeter-se a um regime, o tanto quanto possível, próximo ao aplicado às empresas privadas, para que não desfrutem de quaisquer vantagens em face dos particulares, preservando assim uma concorrência leal.

Dessa forma, concluiu-se a possível inconstitucionalidade do art. 2º, inciso I da LREF, que de maneira expressa excluiu a incidência da recuperação judicial e da falência em relação as estatais. Foi infeliz o legislador ordinário em referida exclusão, por não distinguir as empresas estatais exploradoras de atividade econômica das que prestam serviços público, somente as últimas não deveriam submeter-se ao regime falimentar.

Quanto as empresas publicas e sociedades de economia mista que prestem serviço público, não há qualquer inconstitucionalidade em sua não sujeição a LREF, tendo em vista a natureza de seus serviços que, por exemplo, dão proteção especial a seus bens, fazendo com que não possam ser executados ou penhorados.

O Recurso Extraordinário 1.249.945/MG, com a repercussão geral reconhecida por unanimidade pelo Plenário do STF, trata justamente sobre a possibilidade de as empresas estatais poderem se submeter ao regime da LREF. Acreditamos que provavelmente agora que provocado, o Judiciário irá firmar a tese a qual este trabalho aderiu.

Como bem pontua o ministro relator do recurso em questão, Luís Roberto Barroso, a matéria possui relevância social, devido a própria natureza do direito pleiteado, envolvendo entidades administrativas prestadoras de serviço público e atividades econômicas relevantes aos cidadãos. Ainda segundo Barroso, a repercussão geral deve-se a relevância jurídica, pois debate-se sobre o alcance das normas constitucionais que obrigam um tratamento igualitário entre empresas estatais

e empresas privadas, além da constitucionalidade do artigo 2º, inciso II, da LREF. Por fim, atribui-se a importância econômica, considerando o impacto financeiro nas contas públicas com a exclusão das estatais da LREF, pois assim, mantém-se a responsabilidade subsidiária do Estados pelas dívidas destas entidades.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regime jurídico das empresas estatais. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/44/edicao-1/regime-juridico-das-empresas-estatais>>.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

_____. **Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>.

_____. **Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>.

_____. **Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>.

_____. **Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.249.945/MG**. Direito administrativo e constitucional. Recurso extraordinário. Constitucionalidade da incidência do regime de falência e recuperação judicial às empresas estatais. Presença de repercussão geral. Recte.: Empresa Municipal de Serviços, Obras e Urbanização. Recte: Município de Montes Claros. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento: 05 de ago. de 2020. Publicação: 27 de ago. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). **Recurso Especial 1.372.243/SE**. Tributário e processual civil. Recurso especial representativo da controvérsia. Art. 543-C do CPC. Resolução n. 8/2008 do STJ. Execução fiscal ajuizada contra pessoa jurídica empresarial. Falência decretada antes da propositura da ação executiva. Correção do polo passivo da demanda e da CDA. Possibilidade, a

teor do disposto nos arts. 284 do CPC e 2º, §8º, da lei n. 6.830/880. Homenagem aos princípios da celeridade e economia processual. Inexistência de violação da orientação fixada pela súmula 392 do Superior Tribunal de Justiça. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Eletrojulio Comércio e Representações Ltda – Massa Falida. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Julgamento: 11 de dez. de 2013. Publicação: 21/03/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Seção). **Agravo Regimental no Conflito de Competência 0072357-40.2010.3.00.0000/DF**. Conflito de competência. Recuperação judicial. Juízo do trabalho e juízo de falências e recuperações judiciais. Prazo de 180 dias para a suspensão das ações e execuções ajuizadas em face da empresa em dificuldades. Prorrogação. Possibilidade. Adjudicação, na justiça do trabalho, posterior ao deferimento do processamento da recuperação judicial. Agravante: Sindicato dos Aeroviários no Estado de São Paulo e outros (s). Agravado: Viação Aérea São Paulo S/A Vasp – Massa Falida e outros. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgamento: 10 de nov. de 2010. Publicação: 19 de nov. de 2010.

CAMPINHO, Sérgio. **Curso de direito comercial: falência e recuperação de empresa**. 9 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 34 ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado n. 78. In: **II Jornada de Direito Comercial**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/792>>.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. **Direito administrativo: pareceres**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FERREIRA, Mariza Marques. **Sociedade de economia mista: possibilidade de recuperação judicial?**. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2011.

FREIRE, Armando. Recuperação judicial de empresas estatais. **Decidir - Pesquisa Temática (Doutrina, Legislação e Jurisprudência)**. Ed. 2, dez. 2020.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo** – 4ª ed. revista e atualizada. – Belo Horizonte: Fórum, 2013.

JUSTEM FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo** [livro eletrônico]. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MAMEDE, Gladston. **Falência e recuperação de empresas**. 11. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

RIO DE JANEIRO (Estado). Comissão de Valores Mobiliários. **Processo Administrativo Sancionador CVM n. 19957.000714/2016-12, de 29 de janeiro de 2019**. Assunto: Apurar a responsabilidade do Estado de São Paulo, na qualidade de acionista controlador da EMAE – Empresa Metropolitana de Águas e Energia, por suposta infração ao art. 116, parágrafo único, da Lei nº 6.404/76.

TOMAZETTE, Marlon. **Falência e recuperação de empresas** / Coleção Curso de direito empresarial. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Das pessoas sujeitas e não sujeitas aos regimes de recuperação de empresas e ao da falência. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.) - **Direito falimentar e a nova lei de falência e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ZAGO, Felipe do Canto. A falência das empresas públicas e das sociedades de economia mista. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2720, 12 dez. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18021>>.