
FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**REQUISITOS LEGAIS DA PETIÇÃO INICIAL DA RECUPERAÇÃO
JUDICIAL E VIOLAÇÕES AO INSTITUTO DO SIGILO: ESTUDO DA
LEI Nº 11.101/2005 E SUAS INOVAÇÕES**

Emanuel Gonçalves da Silva

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**REQUISITOS LEGAIS DA PETIÇÃO INICIAL DA RECUPERAÇÃO
JUDICIAL E VIOLAÇÕES AO INSTITUTO DO SIGILO: ESTUDO DA
LEI Nº 11.101/2005 E SUAS INOVAÇÕES**

Emanuel Gonçalves da Silva

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Edson
Freitas de Oliveira.

Presidente Prudente/SP
2012

REQUISITOS LEGAIS DA PETIÇÃO INICIAL DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E VIOLAÇÕES AO INSTITUTO DO SIGILO: ESTUDO DA LEI Nº 11.101/2005 E SUAS INOVAÇÕES

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Edson Freitas de Oliveira

Jefferson Fernandes Negri

Paulo Gimenes Alonso

Presidente Prudente/SP, ____ de _____ de 2012.

Se trabalharmos sobre o mármore, um dia ele acabará. Se trabalharmos sobre o metal, um dia o tempo o consumirá. Se erguermos templos, um dia se tornarão pó. Mas se trabalharmos sobre almas jovens e imortais, se nós as imbuirmos com os princípios do justo temor ao criador e amor à humanidade, daqui a cem anos pouco importará o quanto tenhamos acumulado no banco; que tipo de casa, palacete ou carro possuímos. Mas o mundo poderá ser diferente, talvez porque fomos importantes na vida dos jovens.

Frank Sherman Land.

Aos meus pais, António Roberto e Ariadine, pelo apoio e confiança irrestrita durante meus anos de estudo, e, principalmente, por me ensinarem que a única coisa que nunca poderá ser tirada de um homem é o seu conhecimento.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, professor Edson Freitas de Oliveira, pela paciência, compreensão no decorrer do desenvolvimento do trabalho e pelos conselhos, sem ele este trabalho não teria sequer começado.

Agradeço à minha mãe e meu pai, pelo carinho, amor e incentivo que sempre me deram, mostrando que por pior que seja a situação, sempre estarão ao meu lado. Agradeço a minha família em geral (de sangue ou não) pelas experiências vividas e conhecimentos passados, que muito auxiliaram na confecção do trabalho.

RESUMO

Este trabalho busca debater as modificações e inovações trazidas com a Lei nº 11.101/2005, no que tange ao instituto da recuperação judicial e, mais precisamente, analisa o requisito do inciso VI do artigo 51 da referida Lei em relação ao instituto do sigilo. Na pesquisa foram utilizados métodos dedutivos, hipotético-dedutivos e indutivos, buscando uma análise crítica sobre o tema, usando como apoio renomadas doutrinas e recentes jurisprudências dos principais tribunais do país, ainda lançando mão de legislações internacionais como parâmetro para esclarecer e solucionar tal questão. Em linhas gerais, navegamos por todas as nuances do instituto e do processo recuperacional, fazendo uma evolução histórica, estudando os sujeitos envolvidos na relação processual e destacando as principais fases e os atos praticados no curso do processo. Ao mesmo tempo nos dedicamos, em um capítulo paralelo, ao aprimoramento do conceito de sigilo, preocupando-nos em grifar sua natureza de direito fundamental, suas espécies e possibilidades de restrição. O trabalho tem como problemática central a análise da violação ao instituto do sigilo causada pelo inciso VI do artigo 51 da Lei nº 11.101/2005, o qual exige como requisito indispensável à admissibilidade da petição inicial da recuperação judicial a indicação dos bens particulares dos sócios controladores e administradores. Ao final foi concluído que o requisito do inciso VI do artigo 51, tratado como inovador, efetivamente viola o direito do sigilo (bancário e financeiro), causando um retrocesso no sistema recuperacional.

Palavras-chave: Informações. Sigilo. Garantias Constitucionais. Lei nº 11.101/2005. Recuperação judicial. Desconsideração da personalidade jurídica.

ABSTRACT

This work seeks to discuss the changes and innovations brought to the Law nº 11.101/2005 in regard to Institute of judicial recovery and, more precisely, analyzes the requirement of clause VI of Article 51 of said Law in relation to the institute of the secrecy. In the research had been used methods of deduction, hypothetical-deductive and inductive, seeking a critical analysis on the topic, using as support renowned doctrines and recent jurisprudence of the main courts of the country, yet making use of international legislations as parameter to clear up and resolve such issue. Broadly speaking, we sailed through all the nuances of the institute and the process of judicial recovery, making a historical evolution, studying the subjects involved in the procedural relationship and highlighting the main stages and acts performed on the course of the process. At the same time we devote ourselves, in a parallel chapter, to the enhancement the concept of secrecy, worrying us on accentuate your nature of fundamental right, his kind and possibilities of restrictions. The work has as problem central analysis the breach of the institute of secrecy caused by Item VI of Article 51 of Law nº. 11.101/2005, which requires as a indispensable requirement to the admissibility the application initiating proceedings the judicial recovery the indication of the particular goods of controlling shareholders and managers. At the end it was concluded that the requirement of clause VI of Article 51, treated as groundbreaking, effectively violates the right of confidentiality (banking and financial), causing a regression in the system of recovery.

Keywords: Information. Secrecy. Constitutional Guarantees. Law nº 11.101/2005. Judicial recovery. Disregard of juridical personality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI Nº 11.101/2005	12
2.1 Origem e Evolução Histórica	17
2.2 Análises no Direito Comparado	21
2.3 Empresário e Atividade Empresarial	27
3 RECUPERAÇÃO JUDICIAL	33
3.1 Natureza Jurídica	35
3.2 Princípios Norteadores	39
3.3 Sujeitos da Recuperação Judicial	42
3.3.1 Sujeitos ou créditos excluídos da recuperação judicial	47
3.4 Meios de Recuperação Judicial	48
3.5 Fases Lógicas da Recuperação Judicial	51
3.5.1 Fase postulatória	52
3.5.2 Fase deliberativa ou decisória	55
3.5.3 Fase executória ou de cumprimento	62
3.6 A Petição Inicial e o Inciso VI do Artigo 51	65
4 INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO SIGILO	70
4.1 Princípios Ensejadores e Normas Regulamentadoras	71
4.2 Do Sigilo	73
4.2.1 Diferenças entre as modalidades de sigilo	74
4.2.2 Sigilo financeiro ou bancário	76
4.2.2.1 Sistemas do sigilo bancário	78
4.2.2.2 Sujeitos ativos	79
4.2.2.3 Legitimidade para efetuar a “quebra”	81

4.2.3 Sigilo fiscal _____	84
4.2.3.1 Sujeitos ativos _____	86
4.3 Sujeito Passivo _____	87
4.4 Possibilidades de Quebra _____	87
4.4.1 Limitações legais _____	89
4.4.2 Limitações naturais _____	91
4.5 Consequências da Quebra Indevida _____	92
5 SIGILO E O INCISO VI DO ARTIGO 51 DA LEI Nº 11.101/2005 ____	95
5.1 Inciso VI e a Desconsideração da Personalidade Jurídica _____	97
CONCLUSÃO _____	102
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS _____	105
BIBLIOGRAFIA _____	108

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo abordou as inovações trazidas pela Lei nº 11.101/2005, que alterou alguns mecanismos do procedimento falimentar e substituiu o arcaico instituto da concordata pelo novo sistema de recuperação judicial. Tratou-se de uma análise específica sobre o instituto da recuperação judicial onde fez-se uma evolução histórica do tema, um estudo dos sujeitos envolvidos na relação recuperacional e das fases lógicas do processo de recuperação. Como foco principal foi abordada a questão dos requisitos legais previstos no artigo 51 da Lei nº 11.101/2005, em destaque o inciso VI, que constatou-se conter uma previsão violadora ao instituto do sigilo.

Em complemento, estudou-se no trabalho o instituto do sigilo das informações, em especial quanto aos seus gêneros fiscal e financeiro, que apesar de não expressamente previstos na Constituição Federal, implicitamente extraídos da leitura do artigo 5º, incisos X e XII da Carta Magna. O instituto do sigilo ainda é regulado pela Lei Complementar nº 105/2001, que traz as possibilidades de “limitação” a essa garantia, que, como estudado, tem natureza de direito fundamental, somente violável em ultimo caso.

No estudo foi utilizado o método hipotético-dedutivo, trabalhando em cima de hipóteses, confrontando-as com os fatos concretos e buscando maior aproximação possível com a verdade geral estabelecida pelo estudo dedutivo; insta salientar que a utilização desse método somente foi possível através do conhecimento indutivo, da comparação de casos idênticos, traçando-se parâmetros e sugerindo soluções ao problema em tela.

A polêmica do tema dá-se porque o inciso VI do artigo 51 da Lei Falimentar, ao exigir a indicação dos bens particulares dos sócios controladores ou administradores da empresa como pré-requisito para a concessão do processamento da recuperação judicial, acaba por causar uma confusão entre as personalidades jurídicas dos sócios e da sociedade. Por esse requisito o sócio administrador é obrigado a indicar seus bens particulares na petição inicial, ferindo seu direito fundamental ao sigilo, ao direito do segredo de seus dados e patrimônio,

causando uma exposição indiscriminada da vida privada do sujeito, o que é totalmente inadmissível.

Ao final concluiu-se que o requisito legal instituído pelo inciso VI do artigo 51 foi uma tentativa do legislador de inovar, tornar mais eficaz e trazer segurança ao sistema de recuperação judicial; entretanto o requisito causou uma violação direta ao direito de sigilo, acarretando, inclusive, numa antecipação na produção de provas, em eventual crime falimentar, quebrando inclusive o princípio da presunção do estado de inocência, passando a enxergar o insolvente com desconfiança, mostrando um verdadeiro retrocesso histórico.

Foi apresentada como solução, a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica do sócio como forma mais eficaz de segurança, evitando a violação do direito ao sigilo e afastando a “super antecipação” e desconfiança instituída pelo legislador.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI Nº 11.101/2005

O Direito, como um sistema garantidor da ordem social que só existe porque a sociedade existe, é conceituado por renomados pensadores e filósofos, como Aristóteles e Hannah Arendit como uma necessidade atinente à própria vida em sociedade, não sendo um objetivo, mas sim uma consequência da própria natureza do homem, que se define como sendo um “animal social que tem a dádiva da fala” (Aristóteles e Hannah Arendit *apud* TEIXEIRA, 2005, p. 29).

A integração humana em sociedade tem como principal objetivo trazer, além de segurança aos seus membros, a felicidade e a “boa vida” dos integrantes e, para possibilitar essa busca em comum, fez-se necessária a criação de uma complexa entidade responsável por “garantir” a pacífica integração social, ou seja, o Estado.

O Estado por sua vez, quando inserido em uma ordem democrática/republicana, é dividido em três poderes distintos e harmônicos: Executivo, Legislativo e Judiciário, que, juntos, buscam firmar os pilares constitucionais da República, desígnio estampado em nossa Carta Magna em seu terceiro artigo:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Tendo como escopo *magno* a garantia do desenvolvimento nacional e a redução das desigualdades sociais e da pobreza, foi proposto em 1993 o Projeto de Lei nº 4.376, prometendo renovar no cenário nacional a situação empresarial, que

mais tarde (12 anos após proposto o projeto) renasce com a Nova Lei de Falência e Recuperação Judicial, ou, mais precisamente, a Lei nº 11.101/2005.

A Lei 11.101/2005, que tem natureza mista, contendo em seu corpo normas de direito material e processual, conceitua-se, em seu artigo 1º, como sendo um texto normativo que “disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária”, auxiliando as empresas que estão em situação econômica delicada, garantindo a manutenção dos empregos gerados pela exploração econômica, dos interesses dos credores, da função social da empresa e estimulando a atividade econômica e o desenvolvimento da nação.

A Nova Lei de Falência e Recuperação Judicial trouxe uma importante evolução no direito empresarial brasileiro, substituindo instrumentos ultrapassados como a concordata, pelos mais eficientes mecanismos de recuperação das empresas e modernizando o processo de falência com alterações radicais na disciplina do instituto, aproximando o Brasil dos sistemas dos países mais desenvolvidos, como define José Cretella Neto:

Finalmente com a Lei nº 11.101, de 09.02.2005, que introduziu profundas modificações no tratamento jurídico da empresa em dificuldades, criando institutos novos e mecanismos mais eficientes, voltados para a proteção dos benefícios criados pela existência de empresas saudáveis, em funcionamento – e não mais de credores ou de devedores apenas – pode-se dizer que o Brasil começa a sair do estado jurássico em que se encontrava, face à globalização acelerada do Mundo... (2005, pág. 9).

E ainda nas lições de Manoel Justino Bezerra Filho:

Esta Lei pretende trazer para o instituto da falência e da recuperação judicial uma nova visão, que leva em conta não mais o direito dos credores, de forma primordial, como ocorria na lei anterior. A lei anterior, de 1945, privilegiava sempre o interesse dos credores, de tal forma que um exame sistemático daqueles artigos demonstra a ausência de preocupação com a manutenção da empresa como unidade produtiva, criadora de empregos e produtora de bens e serviços, enfim, como atividade de profundo interesse social, cuja manutenção deve ser procurada sempre que possível. (2005, pág. 12).

É prudente ainda citarmos a seguinte jurisprudência do STJ que destaca o escopo da Lei:

Escopo da Lei n. 11.101/2005. STJ: “É nesta linha de raciocínio, adequado e oportuno o ensinamento de JOSÉ DA SILVA PACHECO, para quem o escopo da Lei 11.101, de 2005, foi “atender os anseios e tendências manifestas na segunda metade do século XX e princípio deste século XXI, no sentido de salvaguardar a empresa, que tem uma função social e, por isso, deve subsistir às crises em benefício dos que nela trabalham, da comunidade em que atua, dos mercados de fatores de produção e de consumo do local, da Região, do Estado e do País” (AgRg no AI n. 1.0008.393 – RJ (2008/0011535-8), rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 5.8.2008).

Das considerações supra mencionadas, vemos que a Nova Lei de Falência e Recuperação entrou em um cenário ultrapassado, porque a Lei Falimentar anterior (Decreto-Lei nº 7.661 de 1945), em vigência por mais de meio século, tornou-se obsoleta frente ao avanço global do ramo empresarial, sua dinâmica desenfreada e a nova visão social dada à atividade empresarial.

Infelizmente, é notório que os textos legais não acompanham, e nem seria possível acompanharem, o desenvolvimento e as mudanças sociais (porque se mesmo que, de maneira hipotética, tivéssemos como acompanhar, concomitantemente, as leis o desenvolvimento social, teríamos que colocar em xeque a tão almejada segurança jurídica); porém, isso não é motivo para uma defasagem jurídica de mais de meio século em um ramo vital no desenvolvimento nacional e social, como o é o de falência e recuperação judicial.

Talvez esse aparente descaso sofrido pelo ramo empresarial ao longo do tempo possa ser traduzido na consideração do Desembargador Paulo Fernando Campos Salles de Toledo impressa na obra de Manoel Justino Bezerra Filho:

A Lei de Falência costuma ser vista, a não ser por uns poucos praticantes, quase como um fruto de conhecimento esotérico. Não é um campo aberto a todos: sua complexidade – que, no entanto, é só aparente – afasta o não iniciado (2009, pág. 8).

Partindo desse ponto, o Desembargador deixa claro que no ordenamento brasileiro, sob a ótica da maioria dos operadores do direito, os ramos

empresariais, no que concerne especificamente à falência e recuperação judicial, por suas complexidades e especificidades, mesmo que aparentes, acabam não ganhando tanta importância ou despertando tanto interesse quanto os demais ramos do direito.

Outro aspecto relevante é que na atividade empresarial, que tem como objetivo o *lucro*, não são raras as vezes em que a ânsia pelo lucro acaba despertando no empresário e na própria atividade empresarial, sentimentos de cobiça e ganância, que atrapalham no bom andamento da atividade. Não é exagero considerarmos que nessa busca, muitos empresários “*dão um passo maior que as próprias pernas*”.

Essas situações, se não de pronto sanadas, podem causar a insolvência da empresa, colocando em risco não só os sócios da empresa, mas também os trabalhadores e credores envolvidos com a atividade empresarial. Na análise desse ponto, vemos que o legislador preocupou-se em efetivar com a Lei 11.101/05, os ideais do artigo 3º da Constituição, criando mecanismos de defesa, tendo em vista não só o direito dos credores, mas também a função social da atividade empresarial.

Partindo para a pior das hipóteses, o empresário entra em estado de insolvência, que não é uma situação agradável, tampouco desejável por qualquer pessoa, segundo Gladston Mamede:

Palavras como insolvente, falido, quebrado, estão marcadas por um valor negativo, vexatório, intimamente ligado à ideia de caloteiro, criminoso, fraudador, desonesto, trapincola, entre outro. A insolvência é por muitos considerada um motivo de desonra e infâmia, um estado análogo ao crime, uma nódoa indelével na história de uma pessoa (2008, pág 1).

Já Rubens Requião assim considera:

O falido nunca foi bem visto pelos demais circunstantes, seja pelos credores, seja pelo próprio Judiciário. Não teria ainda desaparecido o substrato que deu origem à expressão *falliti sunt fraudatores*, permanecendo vivo o espírito do verbo latino *fallere*, significando *enganare, mancare alla promessa, alla parola, alla fede, cadere*, ou seja, enganar, faltar com a promessa, com a palavra, com a fé, cair (2009, pág. 21).

Nesse sentido, mesmo que inconscientemente, quando ouvimos que uma pessoa está em estado de insolvência, pensamos da mesma maneira que descrevem os doutrinadores, sendo, infelizmente, um imperativo humano esse pré-conceito e suspeita. Também por esse motivo, tentando evitar o embaraço causado pela situação desonrosa passada pelo empresário insolvente, é que surgiu a Lei 11.101/2005.

Destarte, como a Lei de Falência e Recuperação é relativamente nova (2005), e insere em nosso ordenamento mecanismos relativamente novos (porque, a exemplo, a recuperação judicial já existia em outros países, em sistemas parecidos com o implantado com a nova Lei), devem os operadores do direito, ou, ao menos, aqueles com interesse no campo falimentar, estudar cautelosamente o desdobramento e as mudanças inseridas pela nova Lei, que busca melhorias não só no campo do direito, mas em outros setores sociais (ao menos em teoria). Nas sábias palavras de Bezerra Filho:

De qualquer forma, é necessário agora examinar com espírito científico a Lei, despido de qualquer preconceito, para, mesmo após essas críticas, tirar de seus artigos aquilo que de melhor neles exista para o fim pretendido de recuperação das empresas em crise, de um lado, e, de outro, para falência da empresa cuja situação econômico-financeira demonstre ser este o caminho a seguir, para que não se mantenha no meio empresarial, contaminando-o e colocando em risco sua eficiência e seu crescimento, qualidades por todos nós desejadas. Esse incremento da atividade empresarial no País é o melhor, senão o único meio de tentar encaminhar solução para o mais dramático problema social de nossos dias, a praga terrível do desemprego (2009, pág. 46).

In fine, depois de estabelecidos os contornos e objetivos da Lei 11.101/2005, deve-se fazer uma breve consideração sobre sua origem histórica, pois, em proveito a consideração de Carlos Eduardo Quadros Domingos:

Muitos erros e impropriedades que os legisladores cometem advêm do pobre e triste desconhecimento histórico que os mesmos detêm. A evolução científica merece extremo zelo para que não se repitam erros já cometidos no pretérito, tornando-a, destarte, retrógrada (2009, pág. 27).

Data venia, em prudentes palavras, aqueles que não conhecem de seu passado estão fadados ao insucesso, repetindo seus erros no futuro.

2.1 Origem e Evolução Histórica

O direito falimentar tem origem já no direito romano, quando a execução das dívidas era feita sobre o próprio corpo do devedor, sendo este vendido como escravo ou, se muitos os credores, seguia-se a previsão número nove da terceira tábua, da Lei das XII Tábuas (*Lex Duodecim Tabularum*), de 451 AC:

Se são muitos os credores, é permitido depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos sejam os credores, não importando cortar mais ou menos; se os credores preferirem, poderão vender o devedor a um estrangeiro, além do Timbre (BEZERRA FILHO, 2009, pág 32).

Entretanto, a previsão de repartir, esquarterar o corpo do devedor não era tão utilizada, por repúdio social a esta possibilidade, preferindo-se mesmo vender o devedor como escravo. A nona previsão da tábua número três, que trazia um instrumento conhecido como *manus injectio* (execução pelas mãos dos credores), era aplicada da seguinte forma:

El procedimiento de la manus iniectio permitia a los acreedores vender como esclavos o matar al deudor, cuando el crédito resultaba de sentencia o de confesión. Se trata de un procedimiento de coacción personal, dirigido a obtener por los medios más violentos y crueles el cumplimiento de la obligación del deudor. Este contaba a su favor con un plazo de treinta días, a partir de la sentencia o de la confesión, para dar cumplimiento a su obligación; sí no cumplía, el acreedor ejecutaba la manus iniectio, pronunciando una fórmula sacramental, referida por Gaio, y poniendo una mano encima del deudor lo llevaba ante el magistrado (DOMINGOS apud MARTINEZ, 2009, pág 25).

Ainda no direito romano, surgiu um instrumento conhecido como *nexum*, que impedia a execução da previsão número nove, com a submissão do

devedor a prestar serviços de escravo ao seu credor até que fosse saldada sua dívida.

Esse gênero de execução, que tinha foco no corpo e trabalho do devedor, também era presente em códigos Árabes, Indianos (Código de Hamurabi e Código de Manu) e em demais civilizações com certo nível de desenvolvimento, como leciona Bezerra Filho:

O art. 200 do Código de Hamurabi estipulava que, se um homem arrancou um dente de outro homem livre igual a ele, arrancarão o seu dente. No Código de Manu, da Índia, o credor poderia submeter o devedor ao trabalho escravo, proibindo a lei qualquer excesso. Admitiu-se também no Egito antigo a escravidão para pagamento de dívidas. No antigo direito helênico o devedor vendia sua própria pessoa ao credor, para pagamento (2009, pág 33).

Foi no próprio direito romano que surgiu a primeira codificação contrária a essa conduta, a conhecida *Lex Poetelia Papirica*, que proibia a morte pela divisão em partes do corpo ou a venda para escravidão, restringindo a cobrança ao patrimônio do devedor, ou seja, a *Lex Poetelia Papirica* revogou a *manus injectio*. Nas considerações de Giuliano Bonfante:

La Lex Poetelia, emanata dietro i ripetuti tumulti dei plebei debitori, aboli il carattere penale dela manus iniecto, vietando di uccidere, vendere o tenere in catene il debitore insolvente (DOMINGOS apud BONFANTE, 2009, pág 27).

Entretanto, a *Lex Poetelia* não extinguiu a figura do *nexum*, ainda sendo possível a submissão do devedor ao credor como um escravo, mas proibido expressamente que esse credor vendesse seu “escravo/devedor”.

A última notória contribuição do Direito Romano no campo falimentar foi a *Lex Iulia*, que trouxe a previsão conhecida como *cessio bonorum* (concessão em benefício) concedendo ao devedor de boa-fé o direito de ceder seus bens aos credores como forma de evitar as punições pessoais. Essa previsão é encarada como a real origem do direito falimentar, instituindo o principal fundamento da falência, o concurso de credores:

Dessa necessidade de execução coletiva surge o embrião do direito falimentar, nada mais sendo a falência do que uma execução coletiva, na qual, em linhas bastante gerais, arrecadam-se todos os bens do devedor para venda judicial e apuração de dinheiro, o qual será em seguida dividido entre os credores, na proporção e segundo a ordem legal referente a cada um deles (BEZERRA FILHO, 2009, pág. 34).

Já na Idade Média, pelo deslocamento do objeto de satisfação (do corpo/trabalho ao patrimônio), tornou-se necessária a intervenção estatal para evitar abusos dos credores, assim como descreve Bezerra Filho: “Aquele anterior *concursum creditorum*, dirigido pelos próprios credores, passa a ser feito sob a rígida disciplina jurídica do Estado” (2005, pág 33). Essa evolução deu-se especialmente pelo surgimento das corporações de ofícios, que trouxeram o primeiro ideal de atividade organizada objetivando lucro. Foi na era medieval que foram lapidadas algumas das peculiaridades do direito falimentar, como por exemplo, a necessidade de homologação judicial para concessão da “concordata”, como define Alfredo Rocco:

O devedor insolvente, posteriormente conhecido como falido, era considerado um fraudador e seus direitos políticos eram reduzidos; a concordata se dava com o voto da maioria dos credores; a homologação do judiciário era requisito essencial para concessão da concordata (2003, pág. 101).

Vemos que, durante toda a evolução histórica, o sentimento de repúdio aos insolventes já estava presente; no mais das vezes no direito romano, após a execução, o sujeito era considerado *persona non grata*, perdendo alguns de seus direitos como cidadão romano; já na era medieval, como imperavam os juramentos (aos senhores feudais, ou mesmo em relações mercantis), a quebra de um juramento era motivo de desonra e até morte do “violador”.

Em tempos menos distantes, após a época das ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas (entre 1446 até 1603), que regiam a colônia, pode-se dizer que a primeira codificação nacional data de 1850 (isto porque mesmo com as ordenações coloniais portuguesas, elas não devem ser consideradas como legislações propriamente brasileiras), conhecida como o Código Comercial de 1850, baseada no Código Comercial Francês de 1806/1807, da época de Napoleão

Bonaparte, que, por sua vez, tem raízes nas ordenanças reais de Luiz XIV (Rei Sol) do ano de 1673, também da França (DOMINGOS, 2009).

Certo é que o Código de 1850 tem bases francesas e italianas, ainda existindo doutrinadores como Carlos Eduardo Domingos, que defendem que o Código de 1850 também tem uma base espanhola, pois o código espanhol foi baseado no Italiano:

También ejerció su influencia em España el derecho estatutário de lãs repúblicas italianas, pero com esta diferencia: que mientras em Itália imperaba el sistema del voluntarismo de los acreedores em los procedimientos de la quebra, em España se daba una intervención um activa a los jueces, para evitar toda a espécie de maniobras dolosas El sistema espanõl consideraba que la quebra de uma persona afecta el enterés superior de la Nación, porque compromete el crédito público junto com el privado, y es em defensa de esse interés general que los podere del Estado deben intervenir em esta classe de juicios (DOMINGOS apud MARTINEZ, 2009, pág 42)

Da citação supra mencionada, principiámos a perceber no cenário falimentar as intervenções mais ativas do Estado, que começa a visualizar na atividade empresarial uma função social pautada na importância no desenvolvimento estatal, mesmo porque, como descreve Francisco Garcia Martinez, com a “quebra” de alguém, o próprio ente nacional é afetado, sendo comprometido não só o crédito privado, mas também o público.

Retornando ao cenário pátrio, após o Código de 1850, a próxima legislação de maior destaque, foi o já citado Decreto-Lei nº 7.661 de 1945 que legislou por mais de cinquenta anos e, segundo Gladston Mamede:

Reforçou os poderes do magistrado, diminuindo o poder dos credores – abolindo a assembleia que os reunia para deliberar sobre assuntos do procedimento falimentar – e transformou a concordata (preventiva ou suspensiva) num benefício, em lugar de um acordo de vontades (2008, pág 14).

O Decreto-Lei, por mais notória que seja sua importância histórica, tornou-se algo ultrapassado frente às mudanças no cenário empresarial global, e principalmente, porque o legislador daquela época não enxergava com os modernos

olhos da “função social”, sob a qual foi criada sua substituta, a Lei 11.101/2005, alvo principal do presente estudo.

Em síntese, o direito falimentar começa a desenvolver-se no direito romano, passando por mudanças pelo “direito” da época medieval, quando o patrimônio passa a importar mais que o devedor (melhor dizendo, seu corpo ou serviço), e ganhando maior destaque na época da revolução industrial, emanando seus ensinamentos na primeira codificação comercial pátria.

2.2 Análises no Direito Comparado

Nada mais plausível que estudar, mesmo que superficialmente, os sistemas internacionais que regulam o direito falimentar, porque como visto, o direito falimentar brasileiro teve influências francesas, italianas, espanholas e portuguesas. Ainda, de olho no movimento internacional por que o direito passa (com a assinatura constante de tratados internacionais), necessária se faz a análise de outros sistemas, sendo até pretensiosa de nossa parte a satisfação com o estudo exclusivo de nosso sistema¹.

1. Estados Unidos: Regulado pela *Bankruptcy Reform Act*, de 1978, o sistema americano criou diversos tribunais na esfera federal (a escolha da criação dos tribunais em esfera federal foi exatamente pela autonomia concedida aos estados no sistema americano, o que inviabilizaria a aplicação da *Bankruptcy Act*), especializados em direito falimentar, e instituiu dois sistemas de intervenção na empresa em dificuldade: a reorganização e a liquidação. O sistema americano é altamente complexo, mas preza pela mínima intervenção do Estado na recuperação da empresa, tornando-se, em contrapartida, um sistema flexível. Existe uma figura bastante parecida com o nosso administrador judicial, conhecido como *trustee*, que atua de forma ativa, realizando o levantamento, venda e rateio dos valores levantados aos credores. Outro ponto interessante no sistema americano é que ele

¹ O estudo comparado é baseado nas obras de José Cretella Neto e Carlos Eduardo Quadros Domingos, Gladston Mamede, Amador Paes de Almeida, ainda com análise das próprias leis descritas nesse título.

parece ser um *mix* da falência e da recuperação (ao menos em alguns pontos), pois lá também tem uma divisão em classes de credores, mas no rateio final dos valores arrecadados, segue-se a ordem estabelecida pelo próprio devedor. Além disso, existe um mecanismo que parece ser absurdo aos nossos olhos, que é a possibilidade de manter a administração da empresa nas mãos do devedor, fenômeno conhecido como *debtor in possession* (devedores na posse), embasado no ideal de economia do processo de falência e da continuidade do negócio em atividade. Nesse caso, deve ser apresentado em juízo um plano de reestruturação (*Chapter 11 plans*, porque essa possibilidade está inserida no capítulo onze da Lei), e se o juiz considerar necessário, ele pode (veja aqui que é uma faculdade dada ao juiz, e não uma obrigação, o que demonstra a intervenção mínima do Estado na tentativa da alteração do quadro de insolvência) nomear um fiscal, chamado de *inspector*, que irá vistoriar a atividade dos *debtors in possession* e confeccionar relatórios ao magistrado encarregado. Por outro lado, existe mais um mecanismo capaz de supervisionar a atividade do devedor na administração, que é a constituição (facultativa) pelo magistrado de comissões de credores (*creditors committees*).

Destarte, o sistema americano passa a idéia da intervenção mínima do estado na tentativa de superação de crise na empresa ao mesmo tempo em que cria um processo complexo aos que socorrem (por vontade ou não) ao Judiciário. Parece um absurdo o fenômeno do *debtor in possession*, pois, por experiência comum, se a empresa se encontra em estado de dificuldade financeira, boa gerência não teve, sendo irracional manter a administração da empresa falida nas mãos dos devedores; em contraponto, a possibilidade de continuidade da atividade que já vinha sendo desenvolvida pode trazer uma chance a mais da empresa se recuperar. O sistema americano é interessante exatamente pelo aspecto da intervenção mínima do estado na tentativa de recuperação da empresa em dificuldade econômica. Por mais estranho que nos pareça essa previsão, temos que levar em conta que estamos diante de um sistema jurídico que inspirou o nosso, mesmo porque copiamos o

mecanismo do modelo americano, regulado no artigo 64² da NLF, e outros como o instituto do “*Cram Down*”³.

2. França: Maior inspiração do sistema brasileiro, o direito falimentar francês passou por evoluções históricas importantes, como a intervenção das ordenanças e o Código Comercial Napoleônico, que moldaram o cenário atual desse segmento do direito. O *Code de Commerce* de Napoleão tinha um excesso de rigor no processo de falência, que culminava no fechamento da empresa e no banimento do comerciante do mercado. Somente com um conjunto de normas do ano de 1967, o sistema francês passou por (NETO *apud* SAINT-ALARY-HOUIN, 2005, pág 15) “uma sensível evolução do direito falimentar, agora construído sobre a distinção entre o Homem e a empresa”. O moderno direito falimentar francês é regulado por um conjunto de diplomas legais datados de 1984/1985 (Leis nº 84-148, 85-88 e 85-89, regulados pelos decretos números 85-295, 85-1388 e 85-1389), reformados pela Lei 94.475 de 10.06.1994 (que instituiu o “*droit des procédures concorsalles*”). Seguindo os ideais e recomendações do *Relatório Sundreau*, o moderno direito falimentar francês prioriza a prevenção das situações de risco das empresas, buscando combater o problema ainda em seu berço (na má gerência ou incapacidade das empresas). Segundo Waldo Fazzio Junior, a Lei 94.475: “reforça os meios preventivos da insolvência, simplifica os procedimentos, moraliza os planos de recuperação e traz medidas eficazes no sentido de assegurar os direitos dos credores” (2005, pág. 27).

Nesse diapasão, são criados Comitês de Reestruturação que intervêm nas empresas em dificuldade com executivos e administradores de renome, que lutarão pelo reestabelecimento comercial da empresa, tendo em vista, principalmente, diminuir o impacto social que haveria se a empresa “quebrasse”. Dessa feita, o direito falimentar francês é, atualmente, baseado em um modelo

² Art. 64. Durante o procedimento de recuperação judicial, o devedor ou seus administradores serão mantidos na condução da atividade empresarial, sob fiscalização do Comitê, se houver, e do administrador judicial.

³ O instituto conhecido como *Cram Down* será aplicado quando na comissão de credores, em deliberação sobre o plano de recuperação, houver a aprovação de duas classes de credores (por maioria simples) e a aceitação de pelo menos 1/3 dos membros da classe faltante, podendo o juiz avocar a responsabilidade e aprovar o plano de recuperação. Nas considerações de Luiz Fernando Höfling, o instituto pode ser definido como: “o mecanismo pelo qual, mediante a deliberação da maioria dos credores, aqueles que não aprovarem o plano de recuperação judicial devem, necessariamente, conformar-se com ele, a despeito de manifestação de vontade em sentido contrário”.

preventivo (e não punitivo como antes), o que diminui o desgaste com um processo judicial demorado e extenso, e auxilia na manutenção da economia do país.

3. Alemanha: Como consequência da derrota na Segunda Guerra Mundial, o país foi dividido em dois blocos, que foram dominados pelos aliados: o lado oeste, que foi chamado de República Federal da Alemanha – RFA (*Bundesrepublik Deutschland*), e o lado leste, denominado República Democrática Alemã – RDA (*Deutsche Demokratische Republik*), sendo os dois lados regidos por sistemas jurídicos independentes. A partir da reunificação do Estado Alemão em 1990, somente em 1994 surgiu uma legislação comum aos dois lados, que tinha como escopo principal a unificação dos procedimentos falimentares (*konkursverfahren*), com a organização judiciária (*Vergleichsverfahren*), e a inserção de um sistema de recuperação (*Insolvenzplan*). Desta forma, foi instituído o sistema de recuperação, que fazia um levantamento dos ativos da empresa e dividia o montante apurado entre credores; entretanto, existiam despesas durante o processo de recuperação, conhecidos como *Massekosten* (dívidas com a administração e custas procedimentais), e *Masseschulden* (dívidas atinentes aos próprios contratos), que oneravam excessivamente a empresa devedora, impossibilitando a efetiva recuperação, como descreve Cretella Neto:

Na prática, quando se decretava a falência de uma empresa, o que se conseguia apurar do ativo mal cobria as dívidas com os credores que detinham algum privilégio, nada restando aos credores simples e dificultando uma eventual continuação das atividades da empresa (2005, pág. 19).

Ainda segundo o autor, nesse sistema, em cerca de 75% dos casos que deveriam ser submetidos ao procedimento de recuperação, a empresa devedora não tinha sequer ativos suficientes para arcar com a *Massekosten* e *Massenschulden*, destinando a empresa ao inevitável fechamento.

Buscando sanar esse empecilho, foi criado um novo sistema instituído pela Lei de 1999, conhecida como *Insolvenzordnung*. Nesse sistema, o devedor, quando notar riscos econômicos que possam frustrar os pagamentos aos credores, deve realizar o pedido de instauração do processo de insolvência (e não de falência) ao juízo competente (*amtsgericht*), que concederá (se for o caso) benefícios legais

protecionistas que, entre outras consequência, impedirão ingresso de ações de credores cobrando dívidas, garantindo que os ativos da empresa não diminuam com o desforço necessário e gastos naturais com processos, o que possibilita a reorganização da empresa e a capacidade de arcar com os gastos do procedimento de insolvência (mesmo com a alteração de 1999, ainda é requisito obrigatório para instalação do procedimento, demonstrar a suficiência dos ativos para saldar o *Massekosten*), como ensina Cretella Neto:

O pedido pode ser de iniciativa do próprio devedor, ao considerar que existe risco real de cessação de pagamentos. Nesse caso, as empresas em vias de se encontrar em dificuldades poderão beneficiar-se de proteção legal preventiva, evitando ações intempestivas de certos credores, antes que o volume de ativos seja reduzido de tal forma que impossibilite a reorganização da empresa (2005, pág. 23).

O modelo é criticado por Eduardo Quadros Domingos, que considera o sistema alemão retrógrado ante os demais modelos europeus, porque não foi instituído pela Lei de 1999 um mecanismo preventivo:

Ao contrário do que se pode imaginar, os germânicos não caminharam a passos largos quando da elaboração desta lei, em razão de que não tem natureza preventiva de recuperação da empresa em estado de insolvência, concedendo possibilidade da apresentação de um plano recuperativo, tão somente durante o processo de quebra (2009, pág. 50).

Também existe no direito falimentar alemão uma figura conhecida como *Insolvenzverwalter*, que é equiparado ao nosso administrador judicial, tendo inclusive as mesmas atribuições, como por exemplo, em caso de contratos firmados anteriormente ao pedido de insolvência, o *Insolvenzverwalter* pode decidir se mantém, renegocia ou se rescinde os contratos (nesse aspecto o administrador alemão é igual ao administrador brasileiro). Ponto interessante é que o sistema alemão se assemelha com o americano⁴ quando prevê a possibilidade de, em casos excepcionais, manter a administração do procedimento de falência nas mãos do devedor (mesmo efeito do *debtors in possession*), que deverá ser acompanhado de

⁴ Provável que essa semelhança se de exatamente pelo fato já estudado, com o domínio americano pós-segunda guerra, a Alemanha foi regida (ao menos a *land oeste*) por sistema jurídico com traços americanos, que deixou sua marca, mesmo que subjetivamente, no ordenamento Alemão.

perto pelo seu *Sachverwalter* (gerente apropriado, ou em expressão sinônima, *Rechtsanwalt*, advogado).

Depois de instituído o administrador judicial e proibido o ingresso de ações de cobrança contra o devedor, o administrador fará um levantamento contábil da situação da empresa e, conforme sua apreciação, comunicará ao juízo a possibilidade de recuperar a empresa, apresentando um plano de solvabilidade (NETO, 2011, pág. 25), que será submetido à apreciação dos credores, dando início assim a recuperação da empresa (o plano também pode ser proposto pelo devedor, mas deve ter a aprovação do administrador instituído para, só então, ser levado em juízo). Destarte, o sistema alemão também pode ser considerado complexo, mas tem em sua natureza a busca pela estabilização na perturbação social e econômica, causada por uma empresa em crise.

4. Itália: O sistema italiano atualmente se divide em dois mecanismos: a “administração controlada”, que pode ser considerada uma espécie de recuperação empresarial efetuada em casos de crises, em que seja provada a possibilidade de reversão do quadro através da reorganização econômica e financeira da empresa, regulada pelo Decreto Legislativo nº 267 de 1942:

L'amministrazione controllata è una procedura concorsuale la cui funzione è quella di consentire all'impeditore che si trova in una situazione di crisi temporanea e reversibile (che non gli consente allo stato di soddisfare regolarmente i creditori) di superare tale situazione attraverso il risanamento economico e finanziario dell'impresa (DOMINGOS apud CAMPOBASSO, 2009, pág 53).

O outro mecanismo é a administração extraordinária de grandes empresas em estado de insolvência (*L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*), que busca conservar o patrimônio produtivo da empresa por um processo de reativação ou conversão da atividade empresarial, conforma descrito no artigo 1º do *Del. d.lgs. nº 270/1999*, que regula a aplicação do instituto:

Art. 1. (Natura e finalita' dell'amministrazione straordinaria).

1. L'amministrazione straordinaria e' la procedura concorsuale della grande impresa commerciale insolvente, con finalita' conservative del patrimonio

produttivo, mediante prosecuzione, riattivazione o riconversione delle attività imprenditoriali.

Já o sistema espanhol, por ser uma releitura do sistema italiano, detem as mesmas diretrizes e ensinamentos, perpetuadas pela Lei nº 22 de 2003, daquele país. O sistema espanhol, nas palavras de Carlos Eduardo Domingos: “Contempla um convênio de continuidade das atividades empresariais, calcado na viabilidade da empresa em estado provisório e temporário de insolvência” (2009, pág 51).

Devidamente instruídos pelos principais sistemas falimentares e “recuperacionais” vigentes na atualidade, em continuidade ao estudo, veremos que o novo sistema de recuperação brasileiro extraiu das normas estrangeiras uma série de elementos, tornando a Lei 11.101/2005 um conglomerado de princípios, ideais e diretrizes calcados em ideais sociais buscados pelo legislador nacional e internacional.

2.3 Empresário e Atividade Empresarial

Inteirados dos objetivos, história e sistemas comparados que envolvem a Lei 11.101/2005, o ultimo elemento que resta ser analisado em considerações iniciais do texto normativo é quanto as figuras que se submetem aos procedimentos nela previstos⁵, o empresário e a atividade empresarial (ou empresa).

Conceituado em nossa legislação pelo artigo 966 do Código Civil, “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”, e do conceito legal, Fábio Ulhoa Coelho (2005, pág. 49) destaca os elementos *profissionalmente, atividade organizada e produção ou circulação de bens*, como fatores determinantes para compreensão do conceito legal, aos quais passamos a analisar.

Por *profissionalismo* entende-se que o empresário exerce a atividade com habitualidade, contando com empregados no meio de produção, devendo

⁵ Vide art. 1º da Lei 11.101/2005, que diz respeito ao empresário e sociedade empresária.

atender a normas técnicas de saúde e segurança dos produtos ou serviços. Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho:

Como o empresário é um profissional, as informações sobre os bens ou serviços que oferece ao mercado – especialmente as que dizem respeito às suas condições de uso, qualidade, insumos empregados, defeitos de fabricação, riscos potenciais à saúde ou vida dos consumidores – costumam ser de seu inteiro conhecimento (2011, pág. 50).

O segundo ponto a se analisado é o exercício de uma *atividade organizada*, que pode ser escalonada como sendo o escopo buscado pelo empresário (produção de bens ou serviço, gerando lucros), realizado de maneira organizada, contando com todos os elementos de produção: mão de obra, capital, tecnologias e insumos. Ou seja, a organização envolve uma série de fatores e elementos de logística que tornam viável o exercício da atividade empresarial. Ainda segundo Ulhoa: “Não é empresário quem explora atividade de produção ou circulação de bens ou serviços sem algum desses fatores” (ULHOA, 2011, pág. 52).

Por fim, quando se fala de *produção e circulação de bens e serviços*, estamos diante de dois elementos que se traduzem como a concretização do esforço empresarial, buscando a satisfação do consumidor e, obviamente, o lucro de sua atividade.

Destarte, a figura do empresário se resume como sendo um sujeito ou ente que exerce uma determinada atividade empresarial organizada, buscando obter lucros com essa exploração, devendo ainda, no exercício de sua atividade, obedecer a normas e regras específicas que podem variar dependendo da área de atuação, sempre tendo em contrapartida o risco atinente a qualquer atividade empresarial. Na melhor jurisprudência:

No novo ordenamento civil, art. 966, empresário é quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. Pelo disposto no parágrafo único do mencionado art. 966, não é empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda que concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento da empresa. Ao tratar de definir a sociedade, dispõe o art. 981 do C. Civil: “Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”. Assim é empresário, o

indivíduo que se dedica à atividade econômica organizada e é sociedade quem se une a outros por contrato para se dedicar à atividade econômica e à partilha dos resultados. E o artigo 982 do C. Civil diz: "Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais". Desta forma uma sociedade que se dedica às atividades do empresário (art. 966 do C. Civil), isto é, se dedica a uma atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens ou serviços, é uma sociedade empresária. Quando, ao contrário, a atividade econômica exercida não é a do empresário (parágrafo único do art. 966 do C. Civil) vale dizer, atividade de natureza intelectual, científica, literária ou artística, cujo exercício profissional não constitui elemento da empresa, é uma sociedade simples. Não é forma em que constitui a sociedade que a torna empresária ou sociedade simples, mas a atividade, se é a do empresário, fatalmente a sociedade é empresária, se não é do empresário, ou seja as atividades previstas no parágrafo único do art. 966, a sociedade simples". (AI nº. 1.00.24.05.812057-7/001, relator Des. Fernando Bráulio, j.14.9.2006, TJMG).

Ainda, segundo decisão similar do egrégio TJ/SP:

Nos termos do art. 966 do Código Civil, "considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços". Dispõe, ainda seu parágrafo único, que "não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício a profissão constituir elemento da empresa". A partir da vigência no novo código Civil, o fundamento legal da qualificação do empresário não é, como antes, "o exercício profissional da mercancia" (artigo 4º do Código Comercial de 1850). Agora não há dúvida de que a definição de empresário comerciante deve ser extraído do conceito de empresa, esta entendida como atividade econômica organizada de produção e circulação de bens ou serviços para o mercado, exercida habitualmente". (Ap. Civ. Nº 458.202-4/2-00, relator Des. Elliot Akel, j. 27.6.2007).

Das decisões, extraímos que, em contrapartida, não deve ser considerado empresário quem exerça atividade intelectual, científica literária ou artística como forma de profissão, devendo o empresário ser visto como um sujeito ou sociedade que exerça as funções empresariais descritas no artigo 966 do Código Civil (atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços). Nas lições de Carlos Eduardo Quadros Domingos:

Será considerado empresário aquele que exercer atividade que tenha o condão de configurar a existência da própria atividade de empresa, a qual se caracterizará pela presença e a reunião organizada, não abstrata, dos seguintes elementos: trabalho, capital e técnica (2009, pág. 95).

Já quando falamos de “atividade empresarial”, esta pode ser conceituada como uma atividade “cuja marca essencial é a obtenção de lucros com o oferecimento ao mercado de bens ou serviços, gerados estes mediante a organização dos fatores de produção” (ULHOA, 2011, pág 45/46) (força de trabalho, matéria-prima, capital e tecnologia, como vistos anteriormente, o que sintetiza a empresa como sinônimo de atividade empresarial que exerce).

Entretanto esse conceito, por mais cabível que seja, está incompleto e superficial, pois a empresa é um “fato econômico multifacetado” com diversos perfis e elementos caracterizadores (subjetivos e objetivos), não podendo restringir o conceito a um esquema único como ocorre no estudo das ciências econômicas.

O conceito de empresa é o conceito de um fenômeno econômico poliédrico, o qual tem sob o aspecto jurídico, não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que o integram. As definições jurídicas de empresa podem, portanto ser diversas, segundo o diferente perfil, pelo qual o fenômeno econômico é encarado (ULHOA *apud* ASQUINI, 2011, pág. 46).

Destrinchando as múltiplas faces da empresa, o conceito foi dividido em quatro perfis (subjetivo, funcional, corporativo e patrimonial), variando conforme o ponto de vista econômico analisado.

Quanto ao perfil subjetivo, a empresa se confunde com a própria imagem do empresário, tornando-se o executor da atividade, o símbolo da empresa. Por esse perfil, é que surge a expressão popular “a empresa faliu”, a “empresa está contratando”, pois há uma fusão da imagem da empresa com o empresário, mesmo porque ele é a figura que organiza e estrutura toda a empresa.

Na análise funcional, a empresa é a própria atividade empresarial, (conceito esse que é prestigiado na doutrina), caracterizada pela organização dos atos de produção por um empresário, devendo ser observada a seguinte crítica:

em razão da empresa econômica ser uma organização produtiva que opera por definição, no tempo, guiada pela atividade do empresário, é que, sob o ponto de vista funcional ou dinâmico, a empresa aparece como aquela força em movimento que é a atividade empresarial dirigida para um determinado escopo produtivo (ULHOA *apud* ASQUINI, 2011, pág 46/47).

Pertinente neste momento trazermos a definição de um defensor do conceito “tradicionalista”, Rubens Requião, que define a empresa como sendo a atividade empresarial que reúne:

Os seguintes fatores de produção:

- a) Uma série de negócios do mesmo gênero de caráter mercantil;
- b) O emprego de trabalho ou capital, ou de ambos combinados; e
- c) A assunção do risco próprio de organização (2009, pág 57)

No ângulo corporativo, a empresa é vista como o conjunto⁶ “empresário e empregados” (capital e força de serviço), efetivando a atividade empresarial, gerando um âmagio organizado, buscando potencializar os resultados da exploração econômica desenvolvida pela empresa.

Finalmente, na última face, a análise patrimonial caracteriza a empresa pelos seus bens, pelo local em que é desenvolvida a atividade, pelo próprio estabelecimento comercial, segundo Ulhoa, “é desse perfil que surgem as expressões populares vou à empresa, a empresa fica em São Paulo, etc.” (2011, pág. 48).

Finalizado o estudo da teoria apresentada por Asquini, destacamos a seguinte consideração feita por Sylvio Marcondes: “A tese de Asquini, hoje generalizadamente acolhida, é de que a empresa tem um conceito unitário econômico, mas não um conceito unitário jurídico, porque a lei ora a trata como uma, ora como outra” (MARCONDES *apud* ULHOA, 2011, pág. 48).

Desta feita, com o conhecimento pormenorizado dos elementos característicos do empresário e empresa, podemos dizer que desde o momento em que é idealizada uma atividade empresarial ou quando é constituída uma empresa, não é errado dizer que o objetivo é o *lucro*, a multiplicação do capital investido na criação da empresa, mesmo porque, se assim não fosse, não teria lógica alguém se

⁶ Exatamente da falta de sintonia entre empresário e empregado que surgem os principais problemas na esfera trabalhista, acarretando diversas representações trabalhistas e eventualmente, causando dificuldades financeiras para a empresa (empresa aqui, no sentido corporativo; empresário + empregado).

arriscar injetando capital em uma atividade de risco sem esperar um retorno adequado.

A partir deste momento, estamos devidamente esclarecidos sobre os objetivos da Lei 11.101/2005, sobre sua evolução, sistemas comparados e elementos sobre os quais ela se estende, podendo tranquilamente estudar o instituto da recuperação judicial.

3. RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Novo em nosso ordenamento, o instituto da recuperação judicial surge como o substituto da concordata, sistema já ultrapassado, que garantia exclusivamente a “suspensão” do concurso creditório em ação (falência) e a satisfação dos credores previstos na “convenção”, não se importando com o abalo social causado pela instabilidade financeira de uma empresa. Nas palavras de Amador Paes de Almeida:

A concordata, malgrado constituir-se no instrumento jurídico indispensável à recuperação econômico-financeira dos empresários, com o correr do tempo foi-se mostrando inadequada, entre outra coisas, por não assegurar ao devedor os recursos financeiros fundamentais para a manutenção de estoque e continuação da atividade empresarial. De outro lado, sem garantia efetiva de receber seus créditos, as instituições financeiras recusavam-se, sistematicamente, a financiar a atividade comercial de concordatários, tornando impraticável o fiel cumprimento das obrigações destes, o que, na prática, culminava na convolação da concordata em falência, com prejuízos insanáveis para o devedor, fornecedores e empregados (2009, pág. 303).

Desta feita, a recuperação judicial surgiu da necessidade de possibilitar ao empresário insolvente uma maneira de recuperar-se da crise e continuar no desenvolvimento de sua atividade, como descreve Luiz Tzirulnik: “Desde os primórdios da história da insolvência, e sem prejuízo do caráter punitivo que permeava o decreto de falência, sempre houve algum tipo de preocupação com a possibilidade de propiciar-se recuperação ao devedor em crise” (2003, pág. 34).

O instituto foi consagrado em nosso ordenamento pela já estudada Lei 11.101/2005, que tratou em seu artigo 47 de conceituar o novo mecanismo:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Substituindo o previsto no artigo 139 do Decreto-Lei 7.661 de 1945: “Art. 139. A concordata é preventiva ou suspensiva, conforme for pedida em juízo antes ou depois da declaração da falência”.

Do conceito legal do artigo 47, observamos a moderna visão com que tratou o legislador nos casos de crise empresarial, possibilitando a manutenção dos empregos gerados pela exploração econômica, dos interesses creditórios, da função social da empresa e o estímulo à atividade econômica (engloba-se nesse último elemento a tentativa de garantir, também ao devedor, o retorno/acesso aos “lucros” do desenvolvimento da atividade). Como descreve Gladston Mamede: “...fica claro que o dispositivo é uma aplicação positivada do princípio da função social da empresa e do princípio da preservação da empresa...” (2008, pág. 161).

Entretanto, as inovações do instituto dividem opiniões na doutrina, tendo aqueles que acreditam no novo sistema e outros que consideram impossível a recuperação nos moldes especificados ante a tamanha interferência de capital financeiro e do fisco, como deixa claro Manoel Justino Bezerra Filho:

Há autores que entendem que esta nova Lei atingirá seus objetivos anunciados, ou seja, propiciará mesmo condições para a recuperação judicial de empresas em crise; outros entendem que a Lei sofreu tantas e tamanhas interferências, especialmente do capital financeiro e do fisco nacional, que não conseguiu formular um sistema que dê possibilidade de qualquer tipo de recuperação à empresa. Aliás, as opiniões ficaram tão divididas que Jorge Lobo, reconhecido mestre, escreveu um oportuno e curioso artigo dividindo os estudiosos da Lei no que ele chamou de “dois C”, de um lado os “crentes”, de outro os “céticos” (2009, pág. 123).

Em síntese, o mecanismo da recuperação judicial se traduz em um instrumento carregado de normas e princípios que inovaram o cenário falimentar brasileiro, mas, em contrapartida, trouxe desconfiança por parte de alguns doutrinadores, tornando essencial seu estudo. Devemos ainda nos atentar ao fato de que a plena eficácia desse instrumento só será definida com a análise da aplicação prática pelos tribunais, nos casos concretos.

3.1 Natureza Jurídica

Qual a melhor maneira de conhecer um instituto do que conhecendo sua natureza, ou seja, sua fonte, de onde surge e onde se enquadra no ordenamento. Desse modo, em primeira vista ao instituto fica clara sua natureza processual, mesmo porque foi criado com base no direito francês⁷ que nomeou o instituto de “*droit des procédures concursales*” (em tradução, direito dos procedimentos concursais), além do que, é um mecanismo judicial de satisfação dos credores, como define Sebastião José Roque:

O instituto fundamental do Direito de Recuperação da Empresa é a recuperação judicial, apresentando-se a falência como a contingência, no caso de se tornar inviável a recuperação judicial...

Por outro lado, pode ser interpretada como forma de credores satisfazerem seus créditos, de forma mais sensata. Nesse aspecto, revela-se a natureza processual do Direito da Recuperação Judicial, a tal ponto que o nome recebido pelo novo ramo do direito na França foi o de DROIT DES PROCÉDURES CONCURSALES (= Direito dos Procedimentos Concurtais) (ROQUE, 2005, pág. 34/35).

O próprio autor complementa seu pensamento ponderando que a natureza processual da recuperação judicial não deve ser extremada a ponto de perdermos de vista sua natureza econômica, voltada à recuperação da empresa em crise: “Outro aspecto a ser mantido sempre em vista, e repetiremos várias vezes, é o de que os procedimentos concursais pertencem ao campo do Direito de Empresa, assim chamado pelo novo Código Civil...” (2005, pág. 37).

No mesmo diapasão, o doutrinador Amador Paes de Almeida, defende que a natureza contratual poderá ser extraída das previsões dos artigos 56⁸ e 58⁹ da

⁷ Vide capítulo II, item 2.2.

⁸ Art. 56. Havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz convocará a assembléia-geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação.

§ 1º A data designada para a realização da assembléia-geral não excederá 150 (cento e cinquenta) dias contados do deferimento do processamento da recuperação judicial.

§ 2º A assembléia-geral que aprovar o plano de recuperação judicial poderá indicar os membros do Comitê de Credores, na forma do art. 26 desta Lei, se já não estiver constituído.

Lei 11.101/05, que tornam visíveis a necessidade da concordância dos credores ao pedido de recuperação, tirando do instituto aquela característica de favor legal concebido ao devedor. Fazendo-se necessária a seguinte consideração do doutrinador: “Conquanto contenha elementos próprios, não perde, entretanto, a sua feição contratual, envolvendo com os credores compromissos de pagamentos a serem satisfeitos na forma estabelecida no respectivo plano” (ALMEIDA, 2009, pág. 304).

Dessa feita, a recuperação judicial deverá ser interpretada em conjunto com as normas, princípios e diretrizes do Direito Empresarial, regulado pelo Código Civil.

Por outro lado, existem doutrinadores como Carlos Eduardo Quadro Domingos, Rubens Requião e Leonardo Guimarães, que defendem que a natureza jurídica trazida com o instituto da recuperação judicial é totalmente nova, com características e regras próprias, ou seja, *sui generis*; em suas palavras Carlos Eduardo Quadros Domingos define “a recuperação judicial como detentora de uma nova natureza jurídica que paira sobre nosso ordenamento. O seu caráter *sui generis*, portanto é cristalino...” (2009, pág. 63).

Os doutrinadores chegaram a essa conclusão após estudo das teorias regimentais (contratualista, processualista e obrigação legal), que guiam um instituto a uma determinada natureza jurídica, em conjunto com as diretrizes da Lei 11.101/2005. Teorias que merecem breve esboço:

Teoria Contratualista: baseada na relação jurídica obrigacional que liga o devedor aos seus credores (ou seja, um contrato), seria aplicável a teoria, pois segundo Trojano de Miranda Valverde (DOMINGOS *apud* VALVERDE, 2009), pela criação de órgãos deliberativos e das assembléias de credores, nasceria um ente coletivo concebido a partir de um contrato puro e simples. Essa teoria, por sua vez, se divide em outras duas teorias: a da *Vontade Forçada*, que determina a aceitação

§ 3º O plano de recuperação judicial poderá sofrer alterações na assembléia-geral, desde que haja expressa concordância do devedor e em termos que não impliquem diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes.

§ 4º Rejeitado o plano de recuperação pela assembléia-geral de credores, o juiz decretará a falência do devedor.

⁹ Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembléia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.

da minoria pelo deliberado pela maioria (que acontecerá, por exemplo, na aprovação do plano de recuperação) e da *Vontade Presumida*, defendendo a idéia de que os credores ausentes aceitaram as deliberações feitas pelos credores presentes. Entretanto, as teorias subjacentes à teórica contratualista pura, passam uma ideia de violação ao princípio ensejador do contrato, qual seja a vontade autônoma das partes de contratarem.

Teoria Processualista: já estudada no início do capítulo, essa teoria enquadra a recuperação judicial na esfera processual pelo fato de que, na realidade, o que obriga (vincula) o devedor aos credores é a decisão judicial homologatória, e não um “contrato” entre eles, como descreve Requião:

Não é, por isso, a maioria dos credores aquela que constrange a minoria à conclusão de um contrato, mas a autoridade do Estado que, sob a força do direito, decide sobre a modalidade da ação de todos os credores.

A minoria, enfim, é obrigada não por uma vontade de contratar a ela imposta ou dela extorquida, nem por uma vontade fictícia: todos os credores estão sujeitos a um pronunciamento do juiz (2009, pág. 14).

Em contraponto, o fato de existir a apreciação judicial não seria elemento determinante para traçarmos a natureza da recuperação judicial como sendo processual, pois segundo a crítica, o órgão judicial não tem o condão de (se cumpridos os requisitos legais da Lei 11.101/2005) indeferir o pedido de recuperação originado do “acordo” entre o devedor e seus credores (GUIMARÃES, 2009).

Existem ainda aqueles que defendem (“*Bravard-Veyrières e Kohler*”, mencionados por Rubens Requião, 2009 pág. 15) a aplicação da teoria *contratual processualista*, caracterizada por ser uma quimera entre as teorias contratuais e processuais, criando um “contrato de natureza judicial”. Esse posicionamento é severamente criticado por Carlos Eduardo Quadros Domingos, que assim ataca:

Jamais um processo poderá ser considerado contrato, face à natureza jurídica que ambos possuem. O processo tem cunho jurídico público e o contrato é de caráter privado. Os requisitos de existência de ambos são diversos, enquanto o processo preocupa-se com os aspectos formais para a realização da busca da tutela jurisdicional da maneira equilibrada entre os litigantes, a seara contratual cuida da livre autonomia das partes para

acordarem o que bem entenderem, desde que atenda aos requisitos previstos em lei e não a contrarie (2009, pág. 71).

Destarte, essa teoria preza unicamente o caráter processual da recuperação judicial, não sendo prudente o enquadramento do instituto nessa única natureza por causar prejuízo à própria finalidade da recuperação, qual seja, o “acordo” entre devedor e credor.

Teoria da Obrigação Legal: sem maiores destaques na doutrina, essa teoria é de pronto rebatida pelo mesmo motivo que a teoria contratual é afastada. Essa teoria vai totalmente contra o disposto no artigo 58 da LFR (previsão que garante a concessão do instituto se cumprido os requisitos legais), violando completamente o princípio da vontade autônoma das partes. Não é inteligente nem ao menos considerar a possibilidade de ser essa a natureza jurídica da recuperação judicial, pois se assim fosse, estaríamos diante de uma descabida intervenção estatal na economia, causando sérias perturbações aos ideais republicanos traçados na constituição¹⁰.

In fine, muito se especula sobre a natureza jurídica do instituto, os mais conservadores consideram o caráter processual como diretriz; outros se pautam na teoria contratual para nortear o mecanismo e, embora não errados, incompletos.

O posicionamento que parece mais “completo” seria o de que surge da essência *sui generis* do instituto uma natureza jurídica “dupla face/bifurcada” (ou dicotômica segundo Domingos), tanto processual quanto contratual, isso por força do já elencado artigo 58 da LFR que obriga (processual) e ao mesmo tempo dá uma faculdade (contratual).

Sendo assim, a recuperação judicial assume natureza processual quando da necessidade de aprovação do magistrado (quando cumpridos os requisitos legais), e contratual quando, após a aprovação, é votado entre os credores e o devedor o plano de recuperação.

¹⁰ Vide artigo 3º da Constituição Federal.

3.2 Princípios Norteadores

Quando estudamos um instituto, é necessária a análise de seus princípios ensejadores como forma de conhecermos os objetivos e ideais que foram buscados em sua criação, e nesse diapasão a recuperação judicial é norteada pelos seguintes princípios:

Princípio da Celeridade: tendo em vista o dinamismo comercial, quanto mais tempo demorar a empresa para se recuperar, mais difícil se torna a sua recuperação; isso se dá por elementos naturais que regem as engrenagens econômicas (por exemplo, a flutuação de taxas e tarifas, a incidência de juros ou multas). Buscando diminuir esse risco natural pelo “passar do tempo”, o legislador, ao instituir o sistema de recuperação judicial, lançou mão de formas que sintetizaram o processo, diminuindo o tempo-burocracia e aumentando as chances de recuperar a empresa. Como defende Amador Paes de Almeida: “é preciso que as normas procedimentais na falência e na recuperação de empresas sejam, na medida do possível, simples, conferindo-se celeridade e eficiência ao processo e reduzindo-se a burocracia que atravanca seu curso” (2009, pág. 10).

Princípio da Preservação da Empresa: este princípio é um dos objetivos da recuperação judicial, e reflete na tentativa legislativa de se instituir com a Lei 11.101/05 uma possibilidade real de recuperar e preservar a empresa que passa pela crise, garantindo a continuidade da empreitada e os benefícios trazidos dessa atividade (geração de empregos, desenvolvimento de tecnologias). Desse princípio, extrai-se a necessidade dos sócios e administradores perceberem que o foco da recuperação é a preservação da empresa, como leciona Domingos:

a preservação deve se convergir à atividade empresarial exercida e não à pessoa do sócio ou administrador, os quais devem ter a consciência e o beneplácito de que devem espancar seus objetivos individuais em prol da sociedade empresária. Entretanto, raro de encontrar pessoas com este pensamento em nosso país (2009, pág. 82).

Dessa crítica, fica claro que muitas vezes os administradores ou sócios sobrepõem seus objetivos pessoais aos da empresa, causando uma perturbação no estado ideal buscado por esse princípio.

Princípio da Função Social da Empresa: derivado da evolução das dimensões do direito, a função social é um elemento que atualmente age em quase todos os institutos, e em conjunto com os demais princípios (como no caso o da preservação da empresa), tenta alcançar as bases republicanas do artigo 3º da Constituição Federal. Esse princípio fundamenta a recuperação judicial como forma de diminuir o impacto social e econômico que seria causado na quebra da empresa, mantendo a geração de renda, circulação de mercadorias e mantendo os empregos dos trabalhadores que auxiliam na atividade empresarial. Segundo Domingos:

a função social da empresa contém um significado umbilicalmente ligado ao próprio desenvolvimento sócio-econômico da nação, face a circulação de riquezas que o empresário ou a sociedade empresária promove, bem como pela influência mediata que gera no desenvolvimento social da coletividade em que vivemos (2009, pág. 83).

Princípio da Participação dos Credores: os credores são parte ativa na recuperação judicial, mesmo porque são eles que se beneficiarão com o reestabelecimento financeiro da empresa, e sendo assim, são eles que também decidirão pelo plano a ser seguido pela empresa em recuperação. Nesse sentido, o doutrinador Amador Paes de Almeida:

é desejável que os credores participem ativamente dos processos de falência e de recuperação, a fim de que, diligenciando para defesa de seus interesses, em especial o recebimento de seu crédito, otimizem os resultados obtidos com o processo, com redução da possibilidade de fraude ou malversação dos recursos da empresa ou da massa falida (2009, pág. 10).

Princípio da Proteção ao Trabalhador: lembrando o fato de que o direito trabalhista brasileiro é extremamente tendencioso aos interesses do trabalhador, a Lei 11.101/05 também beneficia os credores trabalhistas, pois abarca normas que beneficiam esse tipo de crédito, colocando aqueles em situação mais confortável no recebimento de seus créditos, mesmo porque, quando falamos de

crédito trabalhista, não estamos falando de alguém que investiu ou injetou capital na empresa, e sim em alguém que prestou um serviço e tem a garantia constitucional de receber sua contraprestação. Diferentemente dos demais credores, os trabalhistas não “assumem um risco” com a atividade empresarial, devendo obrigatoriamente gozar de maior garantia, pois dependem exclusivamente de seu labor.

Princípio da Segurança Jurídica: da “Teoria da Norma” ensinada por Ronald Dworkin (DWORKIN, 2002), extraímos que existe uma diferença entre princípios e regras. Os princípios estão mais intimamente ligados ao ideal de “justiça”, enquanto a norma se define como uma conduta descrita em um texto normativo que deve ser seguido por seu destinatário, implementando o estado ideal contemplado pelo princípio, ou seja, a norma busca “segurança jurídica”. Princípio e norma convivem em harmonia e, no caso em tela, a norma (Lei 11.101/2005) que traz a segurança jurídica, pauta-se em um princípio sobrejacente que indica a necessidade da segurança jurídica, e é exatamente dessa integração que a lei foi criada, com o intento de não causar obscuridades ou possibilidades de duplas interpretações do texto, sob o risco de desvirtuar o princípio, como defende Amador Paes de Almeida:

Deve-se conferir às normas relativas à falência, à recuperação judicial e à recuperação extrajudicial tanta clareza e precisão quanto possível, para evitar que múltiplas possibilidades de interpretação tragam insegurança jurídica ao instituto e, assim fique prejudicado o planejamento das atividades das empresas e de suas contrapartes (2009, pág. 10)

Princípio do *Par Conditio Creditorum*: mesmo que divididos em classes diferentes, esse princípio garante o equacionamento das condições dos credores, efetivando a satisfação dos credores (recebimento do crédito) sem, contudo prejudicar os demais. Grosso modo, o princípio garante condições iguais aos credores que buscam satisfazer seu crédito, sendo o princípio fundamental do direito concursal, como define a doutrina:

Ultimando, sendo o princípio do *par conditio creditorum* um dos pilares básicos do Direito Concursal há longa data, nos traz estranheza que tal pensamento não fora contemplado no âmbito constitucional, pois encontramos nesse princípio uma finalidade intrinsecamente social no

sentido de tratar equitativamente, sem nenhuma distinção, todos os credores que participam do processo de recuperação judicial (DOMINGOS, 2009, pág. 84).

Princípio da Publicidade: o processo, de regra, é público, sendo qualquer pessoa capaz de acompanhar um processo a qual tenha ou não interesse. Entretanto o princípio da publicidade é aplicado de maneira distinta na recuperação judicial, buscando diminuir as tentativas de fraude contra os credores (ou dos próprios credores), em vista da convergência de interesses próprios que rondam a recuperação.

Como o processo de recuperação judicial engloba inúmeros interesses individuais de credores e, também, do próprio devedor, a possibilidade de manobras fraudulentas é uma realidade fática e frequente dentro do processo. Portanto, quanto maior for a publicidade, menor será a chance de desvirtuamentos ilegais acontecerem (DOMINGOS, 2009, pág. 86).

Ainda em relação ao princípio da publicidade, sua aplicação prática é especialmente notada porque depois de aprovado o plano de recuperação judicial, a empresa obrigatoriamente passará a operar com a expressão “em recuperação judicial” em frente ao seu nome empresarial. Isso, é óbvio, só enquanto perdurar a recuperação, sendo posteriormente retirada a expressão do nome.

3.3 Sujeitos da Recuperação Judicial

Sujeito Ativo: como visto ainda no capítulo introdutório, a Lei 11.101/2005 é direcionada ao empresário ou atividade empresarial, que devem obrigatoriamente, ter inscrição em Registro Público, conforme determinado no artigo 967¹¹ do Código Civil (cumulado com o artigo 968¹² do mesmo código), e desta feita,

¹¹ Art. 967. É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade.

¹² Art. 968. A inscrição do empresário far-se-á mediante requerimento que contenha:
I - o seu nome, nacionalidade, domicílio, estado civil e, se casado, o regime de bens;
II - a firma, com a respectiva assinatura autógrafo;

conclui-se que o sujeito ativo capaz de ingressar com o pedido de recuperação é o empresário ou atividade empresarial.

Em posicionamento interessante, Fábio Ulhoa Coelho considera que: “só tem legitimidade ativa para o processo de recuperação judicial quem é legitimado passivo para o de falência” (2011, pág. 180), deixando claro que, desta forma, somente o “devedor” (empresário ou atividade) será legitimado para ingressar em juízo com o pedido de recuperação, destacando-se o ensinamento de Waldirio Bulgarelli:

Empresário é o titular da empresa, o seu sujeito, portanto, aquele que tem a iniciativa da criação da empresa e que a dirige, correndo o risco inerente à atividade empresarial, juridicamente é o sujeito de direito, o único, aliás, reconhecido pela lei em termos de representação empresarial (BUIGARELLI *apud* ALMEIDA, 2009, pág. 306) (grifo meu)

Destarte, existindo esse pré-requisito, qual seja o pedido feito pelo legítimo sujeito, a Lei 11.101/2005 ainda estabelece em seu artigo 48, exigências que devem ser preenchidas obrigatoriamente e cumulativamente para requerer a recuperação:

Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

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

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

III – não ter, há menos de 8 (oito) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;

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

Parágrafo único. A recuperação judicial também poderá ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente.

III - o capital;

IV - o objeto e a sede da empresa.

O artigo 48 não passa de uma releitura dos artigos 140 e 158 do Decreto Lei 7.661/1945 (Código Comercial de 1945):

Art. 140. Não pode impetrar concordata:

I - o devedor que deixou de arquivar, registrar ou inscrever no registro do comércio os documentos e livros indispensáveis ao exercício legal do comércio;

II - o devedor que deixou de requerer a falência no prazo do art. 8º;

III - o devedor condenado por crime falimentar, furto, roubo, apropriação indébita, estelionato e outras fraudes, concorrência desleal, falsidade, peculato, contrabando, crime contra o privilégio de invenção ou marcas de indústria e comércio e crime contra a economia popular;

IV - o devedor que há menos de cinco anos houver impetrado igual favor ou não tiver cumprido concordata há mais tempo requerida.

Art. 158. Não ocorrendo os impedimentos enumerados no art. 140, cumpre ao devedor satisfazer as seguintes condições:

I - exercer regularmente o comércio há mais de 2 (dois) anos;

II - possuir ativo cujo valor corresponda a mais de 50% (cinquenta por cento) do seu passivo quirografário; na apuração desse ativo, o valor dos bens que constituam objeto de garantia será computado tão-somente pelo que exceder da importância dos créditos garantidos;

III - não ser falido ou, se o foi, estarem declaradas extintas as suas responsabilidades;

IV - não ter título protestado por falta de pagamento.

Estudando o artigo 48 em conjunto com os já revogados dispositivos (artigos 140 e 158), um fato interessante facilmente percebível é que, quando se exige que o pretendente à recuperação não seja falido, esse requisito se traduz no escopo de tentar evitar a falência da empresa, pilar fundamental do instituto, nas palavras de Sérgio Campinho:

Para que possa o devedor veicular o seu pedido de recuperação judicial e, assim, venha ele a ser processado, de modo a assegurar-lhe o oferecimento de um plano de recuperação a ser submetido ao crivo de seus credores, precisa atender, cumulativamente, algumas condições de ordem pessoal ou subjetiva relacionadas em lei. O artigo 48 se ocupa em exterioriza-las... A exigência de não ser o pretendente à recuperação judicial falido mostra-se óbvia, vez que a medida tem por escopo evitar seja decretada a falência (2006, pág. 127).

In fine, o sujeito ativo da recuperação, ou melhor dizendo, o sujeito ativo capaz de requerer o início do procedimento de recuperação é o empresário ou atividade empresarial regularmente inscrito na Junta Comercial, que exerça sua atividade por tempo superior a dois anos, não sendo falido (ou extinta a falência que eventualmente existiu), não tendo já aproveitado do plano de recuperação por um período de 5 ou 8 anos (dependendo do plano anteriormente adotado), e que não tenha sido (o empresário em sua pessoa ou sócio controlador) condenado em crime falimentar ou ainda que tenha um administrador que o foi.

Sujeito Passivo: como aviso prévio, essa divisão é mais didática do que propriamente conceitual; na realidade, não é correto, na acepção jurídica, considerarmos o grupo aqui tratado como sujeitos passivos “normais”, porque, quando falamos de sujeito passivo, intimamente nos remetemos à idéia de “réu”; entretanto, a recuperação não é um processo comum, e o sujeito passivo, de maneira alguma, deve ser tratado como réu, porque ele não sofrerá a ação. Nessa linha de raciocínio, o doutrinador Gladston Mamede explica o “porquê” da divisão didática:

Embora haja um autor, isso é certo, qual seja o empresário ou a sociedade empresária, nos moldes acima estudados, não há um réu, nem réus: o autor não pede a recuperação judicial contra alguém; pede a favor da empresa que titulariza...

Embora não sejam propriamente réus, deve-se falar em legitimidade passiva, pois há pessoas que se sujeitam ao pedido, vale dizer, que são atraídas para o processo e alcançadas por seus efeitos, ainda que não se habituem para o mesmo e, até, que não ajam segundo as faculdades processuais e civis que a Lei 11.101/05 lhe outorga (2008, pág. 172).

Desta feita, os sujeitos passivos que sofrem a invocação ao procedimento de recuperação são os detentores de créditos existentes na data do pedido, conforme prevê o artigo 49 da NLF, que dispõe:

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

§ 1º Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

§ 2º As obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que

diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial.

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

§ 4º Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei.

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

O artigo 49 tratou dos créditos que serão submetidos à recuperação judicial, mas permanece ferrenha crítica da doutrina sobre a aplicabilidade do artigo, considerando que ele desnatura o ideal do instituto da recuperação, beneficiando certos créditos, tornando tendenciosa e duvidosa a própria finalidade da Lei 11.101/2005, nas palavras de Bezerra Filho:

Os créditos que foram mais diretamente ressalvados são os de organizações financeiras, de tal forma que, quando da elaboração final da Lei, dizia-se que esta não seria a lei de “recuperação das empresas” e sim a lei de “recuperação do crédito bancário”. E, efetivamente, a Lei não propicia grande possibilidade de recuperação, principalmente por não corresponder à realidade o que vem estabelecido no art. 49 (BEZERRA FILHO, 2009, pág. 126).

Analisando dessa maneira, vemos que o artigo 49 realmente beneficia alguns gêneros de créditos, como o bancário (no § 5º) e os de garantia real ou ainda gêneros de direito, como o direito de propriedade; entretanto, deve-se ver essa beneficiação como a maneira encontrada pelo legislador de manter, por exemplo, a relação entre o banco e a empresa em recuperação (como já visto o banco, infelizmente, será um dos principais agentes que propiciará a recuperação da

empresa, por meio de concessão de créditos e afins); nesse sentido, destaca-se a seguinte jurisprudência:

Art. 49 e seus §§ 3º e 5º da Lei n. 11.101/2005. Propósito do legislador. Não era essa a proposta inicial. Resultado final. TJSP: "Parece claro que o intento, vê-se, desde logo não obstante o largo espectro do *caput*, é o de exclusão de determinados créditos, especialmente os de bancos, que, em geral, dispõem de garantias, da submissão à recuperação judicial. Não era essa a proposta inicial, registra, até com certa revolta, o experiente advogado falencista Elias Katudjian, que integrou a Comissão de Estudos Roger de Carvalho Monge, constituída pelo Instituto dos Advogados de São Paulo e que elaborou o primeiro anteprojeto da reforma da lei de falências. Pretendia-se, na verdade, conferir efetividade à abrangência do art. 49, tanto que o § 3º do, então, art. 48, continha a possibilidade de se prever no plano, outras condições para cumprimento dessa espécie contratual. Tal possibilidade, entretanto, foi suprimida, a pretexto de se reduzir o *spread*, e o resultado final foi o de impedir a venda ou retirada de bens de capital essenciais à continuidade da empresa, mas apenas no período de suspensão dos art. 6º, § 4º. Posta em vigor a lei sem aproveitamento dessa proposta, o resultado final é o de tornar quase imunes à recuperação os credores que portem as garantias elencadas nos §§ 3º e 5º. E a justificativa é aquela mesma antes mencionada, como ensina o Prof. Fábio Ulhoa Coelho: Os titulares de determinadas garantias reais ou posições financeiras (fiduciário, leasing etc.) e os bancos que anteciparam recursos ao exportador em função de contrato de câmbio excluem-se dos efeitos da recuperação judicial para que possam praticar juros menores (com *spread* não impactados pelo risco associado a recuperação judicial), contribuindo a lei, desse modo, com a criação do ambiente propício à retomada do desenvolvimento econômico." (AI n. 541.816-4/4-00, rel Des. José Araldo da Costa Telles, j. 7.5.2008) (IMHOF, 2009, pág.160).

Portanto, o artigo 49 da NLF (que tem como correspondentes legais os arts. 147, 148 e 163 do Decreto Lei 7.661/45), realmente exclui e privilegia alguns gêneros de crédito, mas o faz com prudência e por pura necessidade.

3.3.1 Sujeitos ou créditos excluídos da recuperação judicial

Apenas a título de complementação aos itens anteriormente estudados, destaca-se a previsão do artigo 2º da NLF que traz em seu corpo os "sujeitos" que não poderão se beneficiar da recuperação judicial (tampouco da falência), pela própria natureza jurídica dos entes ali enumerados, ou por

regulamentos específicos das sociedades, empresas e cooperativas, ali escritos. São sujeitos excluídos da Lei 11.101/2005:

- a) Empresa Pública;
- b) Sociedade de Economia Mista;
- c) Instituição Financeira pública ou privada;
- d) Cooperativa de Crédito;
- e) Consórcio;
- f) Entidades de Previdência Complementar;
- g) Sociedades operadoras de Planos de assistência de Saúde;
- h) Sociedade Seguradora;
- i) Sociedade de Capitalização;
- j) Outras sociedades equiparadas às anteriores.

Somente como breve consideração, devemos colocar reparo na alínea “c”, que mostra, curiosamente, a maneira que a instituição financeira foi tratada, não se submetendo aos institutos da Lei 11.101/2005, mas podendo se beneficiar daqueles que o fazem, deixando visível a importância das instituições financeiras na recuperação da empresa.

3.4 Meios de Recuperação Judicial

Adiante estudaremos as fases da recuperação judicial com mais atenção, mas em primeira abordagem, e por conveniência, examinaremos nesse momento os meios, formas e manobras capazes de serem utilizadas na busca da recuperação da empresa.

O artigo 50 da NLF elenca algumas das possibilidades, maneiras ou fórmulas a serem propostas no plano de recuperação, que deverão ser seguidas como verdadeiro “caminho” que conduzirá ao restabelecimento empresarial. Esse caminho traçado em conjunto pelo devedor e seus credores é “estrito”, cercado de

ambos os lados por precipícios, e se a empresa que caminha por essa rota pisar fora dela, mesmo por um pouco, cairá em direção à ruína, ou seja, se a empresa descumprir o plano baseado nas fórmulas traçadas pelo artigo 50 e em outras, terá sua recuperação inevitavelmente convolada em falência¹³. Voltando à previsão do artigo 50, o dispositivo assim prevê:

Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:

I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas;

II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente;

III – alteração do controle societário;

IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos;

V – concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar;

VI – aumento de capital social;

VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados;

VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva;

IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro;

X – constituição de sociedade de credores;

XI – venda parcial dos bens;

XII – equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica;

XIII – usufruto da empresa;

XIV – administração compartilhada;

XV – emissão de valores mobiliários;

XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.

§ 1º Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia.

§ 2º Nos créditos em moeda estrangeira, a variação cambial será conservada como parâmetro de indexação da correspondente obrigação e

¹³ Vide arts. 61 e 73 da Lei 11.101/2005.

só poderá ser afastada se o credor titular do respectivo crédito aprovar expressamente previsão diversa no plano de recuperação judicial.

O dispositivo traz em seu total, dezesseis medidas. Em leitura atenta ao *caput*, vemos que esses são apenas exemplos possíveis de serem seguidos, cabendo outras maneiras não exemplificadas no texto legal, ou mesmo a integração entre as previstas. Desta consideração, pode-se, sem medo, afirmar que o rol do artigo 50 é meramente exemplificativo, uma cláusula em aberto, cabendo outras medidas além das ali exemplificadas. Na melhor doutrina:

Nesse sentido, merece particular atenção o artigo 50 da Lei 11.101/05, quando lista meios de recuperação judicial, mas adverte, já em seu *caput*, tratar-se de relação meramente exemplificativa, podendo ser adotados outros meios, desde que logrem a concordância entre o empresário ou sociedade empresária devedora e a assembléia de credores. Aliás, é possível combinar meios para, assim, chegar a um modelo que atenda aos diversos direitos e interesses que convergem ao juízo universal da recuperação (MAMEDE, 2008, pág. 212).

E ainda destaca-se a seguinte consideração de Bezerra Filho:

O que se verifica é que a Lei estabeleceu que o devedor deve informar de qual forma pretende viabilizar sua recuperação e aos credores compete examinar o plano para que digam se concordam ou não. Tanto que este art. 50, ao relacionar, em seus 16 incisos, formas possíveis de recuperação, termina a expressão dizendo “dentre outros”, deixando assim a cláusula em aberto, a ser preenchida pela vontade das partes levada ao juiz (2009, pág. 130).

Fundamentando, por fim, com a ajuizada jurisprudência:

O artigo 50 da Lei n. 11.101/2005 apresenta uma lista exemplificativa dos meios à disposição do administrador para atingir a recuperação da empresa, de modo a facilitar a elaboração do plano de recuperação. STJ: “Com efeito, o art. 50 da Lei 11.101/05 apresenta uma lista exemplificativa dos meios à disposição do administrador para atingir a recuperação da empresa, de modo a facilitar a elaboração do plano de recuperação. Dentre essas opções, estão inseridas a possibilidade de cisão, incorporação ou transformação da sociedade e a venda parcial dos bens. Elaborado o plano, diz o art. 53, será apresentado em juízo, devendo conter demonstrativo de sua viabilidade econômica e avaliação dos bens e ativos do devedor. Pro fim, dispõe o art. 66 que, após distribuído o pedido de recuperação, vedada

está a alienação dos ativos (AgRg no CC n. 86.594 – SP (2007/138668-0), rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 25.6.2008).

Até poderíamos estudar mais calmamente todas as hipóteses trazidas pelo artigo 50, mas, se o fizéssemos, fugiríamos da essência do trabalho e, pensando de maneira abrangente, por mais pormenorizado que estudemos as fórmulas trazidas pelo rol do artigo, ainda existirão infinitas outras possibilidades ali não previstas.

3.5 Fases Lógicas da Recuperação Judicial

Tomando como base a natureza processual do instituto da recuperação judicial¹⁴, ela pode, para melhor didática, ser dividida em fases lógicas (assim como o processo civil comum), que possibilitam melhor diferenciação dos elementos do instituto. Porém, dessa consideração, o doutrinador Carlos Eduardo Quadros Domingos faz a seguinte crítica:

Em primeira análise, sob o manto da penumbra, concluir-se-ia que, a divisão do processo em fases demonstraria, tão somente, uma cisão para fins meramente didáticos. Contudo, tal afirmativa é de toda incorreta, pois conforme se verá infra, cada fase do processo de recuperação judicial detém aspectos pormenorizados que, caso não atendidos, poderão impedir que o processo de recuperação judicial se desenvolva, fazendo com que se transforme em outra figura jurídica, ou seja, os casos em que a recuperação judicial se convola em falência (2009, pág. 111).

Deste modo, a recuperação judicial pode ser dividida em três fases: I) Postulatória, II) Deliberativa ou decisória; III) Executória ou de Cumprimento.

¹⁴ Vide capítulo 2.1.

3.5.1 Fase postulatória

Caracteriza-se por ser a fase inicial do processo de recuperação judicial. É neste momento que o sujeito ativo legitimado¹⁵ irá ingressar com o pedido para ser beneficiado pelo instituto, e o juízo competente decidirá se concede ou não o benefício. Esta fase é formada por dois atos, a petição inicial e o despacho de processamento.

- Petição Inicial: principal alvo de estudo do trabalho, terá um capítulo exclusivo onde será destrinchado e analisado, tendo em vista divergentes requisitos elencados no dispositivo legal que regula a petição (art. 51); entretanto, nesse momento, faremos uma aproximação inicial. Obviamente, a petição deverá ser confeccionada por um advogado, pois tão somente essa figura é dotada de “*jus postulandi*” (aptidão de falar em juízo), capaz de legitimar a petição. Ela deverá ser realizada observando os requisitos dos artigos 282 e 283¹⁶ do Código de Processo Civil, cumulado com o artigo 51 da NLF, que assim determina:

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

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

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

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

¹⁵ Vide capítulo 2.3.

¹⁶ Art. 282. A petição inicial indicará:

I - o juiz ou tribunal, a que é dirigida;

II - os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu;

III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;

IV - o pedido, com as suas especificações;

V - o valor da causa;

VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;

VII - o requerimento para a citação do réu.

Art. 283. A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação.

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

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

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

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

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

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

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

§ 1º Os documentos de escrituração contábil e demais relatórios auxiliares, na forma e no suporte previstos em lei, permanecerão à disposição do juízo, do administrador judicial e, mediante autorização judicial, de qualquer interessado.

§ 2º Com relação à exigência prevista no inciso II do caput deste artigo, as microempresas e empresas de pequeno porte poderão apresentar livros e escrituração contábil simplificados nos termos da legislação específica.

§ 3º O juiz poderá determinar o depósito em cartório dos documentos a que se referem os §§ 1º e 2º deste artigo ou de cópia destes.

O artigo 51, que, por sua vez, tem raízes nos artigos 159¹⁷ e 160 da antiga Lei de Falências, mostra a necessidade de ficar demonstrada a real situação econômica da empresa que peticiona e os motivos que causaram a perturbação financeira. Somente com a demonstração desses elementos, o juiz deferirá o processamento da recuperação. Como descreve Carlos Eduardo Quadros Domingos:

É de se notar que a exordial do pedido de recuperação judicial se demonstra extremamente técnica e requer uma elaboração deveras minuciosa, na medida em que a comprovação da situação econômico-financeira do empresário ou da sociedade empresária deverá restar

¹⁷ Art. 159, caput: “O devedor fundamentará a petição inicial explicando, minuciosamente, o seu estado econômico e as razões que justificam o pedido”.

meticulosamente esboçada para que o magistrado possa visualizar a necessidade da medida posta em juízo e deferir por conseguinte, o processamento da recuperação judicial (2009, pág. 115).

Após proposta a ação, o próximo passo da fase postulatória será dado pelo magistrado, quando proceder ao despacho de processamento.

- **Despacho de Processamento:** após apresentada a petição inicial e presentes os requisitos legais, o juiz poderá deferir por meio de um despacho com natureza decisória, o pedido de recuperação judicial apresentado e, se assim o fizer, tomará, com base nos ditames do artigo 52 da NLF, as seguintes medidas:

- a) Nomeará um administrador judicial que figurará como um representante do magistrado no dia a dia da empresa, garantindo o cumprimento do plano de recuperação, ou, em outra situação, aconselhando a convolação da recuperação judicial em falência;
- b) Dispensará a apresentação de certidões negativas para que a devedora exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observado o disposto no artigo 69 da Lei nº 11.101/05;
- c) Determinará a suspensão de todas as ações ou execuções ajuizadas contra a devedora, conforme artigo 6º da Lei nº 11.101/05, permanecendo os respectivos autos nos juízos onde se processam, ressalvadas as ações previstas nos parágrafos 1º, 2º e 7º daquele artigo, e as relativas a créditos excetuados na forma dos parágrafos 3º e 4º do artigo 49 da mesma lei, observando-se que compete à devedora a comunicação aos juízos competentes (§ 3º do art. 52 da Lei nº 11.101/05);
- d) Determinará que a devedora apresente contas demonstrativas mensais enquanto perdurar a recuperação judicial, sob pena de destituição de seus administradores;
- e) Providenciará intimação do i. representante do Ministério Público e comunicará, por carta, as Fazendas Públicas Federal e de todos os

Estados e Municípios em que a devedora tiver estabelecimento sobre a concessão da recuperação judicial.

- f) Determinará a expedição de edital, para publicação no órgão oficial, que conterà: I) o resumo do pedido e da decisão que processou a recuperação; II) a relação nominal de credores, com discriminação dos valores atualizados e a classificação de cada crédito; III) a advertência acerca dos prazos para habilitação dos créditos, na forma do artigo 7º, parágrafo primeiro, da Lei nº 11.101/05, e para que os credores apresentem objeção ao plano de recuperação judicial que for apresentado pela devedora, nos termos do artigo 55 da mesma Lei;
- g) Determinará a expedição de ofício à Junta Comercial do Estado em que esteja instalado a devedora (ou nos Estados onde tenha filial), comunicando que foi deferido o processamento do pedido de recuperação judicial da devedora.

Feito isso, considera-se encerrada a fase inicial ou postulatória do processo de recuperação, como leciona Fábio Ulhoa Coelho: “Se a pessoa legitimada para requerer a recuperação judicial instruir adequadamente o pedido, a fase postulatória se encerra com dois atos judiciais: a petição inicial e o despacho que manda processar a recuperação” (2011, pág. 223).

Destarte, essa fase é formada pela conjuntura de dois atos: a petição, que mostrará claramente ao juízo a necessidade de concessão do benefício “recuperação”, e o despacho de processamento ou concessivo, que criará uma situação jurídica nova, pois é a partir do despacho que a empresa começa a gozar dos benefícios. Vencida essa fase, passa-se à fase deliberativa.

3.5.2 Fase deliberativa ou decisória

Depois de deferido o pedido de recuperação, será feita uma verificação e habilitação dos créditos, a ser realizada pelo administrador judicial anteriormente

nomeado, nos moldes dos artigos 7º ao 20º da Lei 11.101/05 (Capítulo II, Seção II, que trata da habilitação dos créditos); a habilitação e verificação servem para determinar quais serão os créditos submetidos ao regime de recuperação e, após devidamente habilitados os créditos, seguirá a confecção do plano de recuperação.

O plano de recuperação é a peça mais importante e essencial à recuperação judicial; é através dela que se exteriorizarão as vontades do devedor e seus credores, estipulando os caminhos a serem seguidos e medidas a serem tomadas durante a recuperação. Essa peça é de tamanha vitalidade à recuperação judicial, tanto que a sua não apresentação ou não aprovação pelos credores causará a convalidação da recuperação em falência (art. 73, II, NLF). Segundo Sebastião José Roque: “É peça obrigatória e central do processo. A empresa em estado de crise econômico-financeira, se desejar obter a RJ, deverá apresentar a proposta de solução desse problema, que não será apenas a proposta, mas também a indicação dos modos de solução” (2005, pág. 123).

Ainda nesse viés, Fábio Ulhoa Coelho:

A mais importante peça do processo de recuperação judicial é, sem sombra de dúvidas, o plano de recuperação judicial (ou de “reorganização da empresa”). Depende exclusivamente dele a realização ou não dos objetivos associados ao instituto, quais sejam, a preservação da atividade econômica e cumprimento de sua função social. Se o plano de recuperação é consistente, há chances de a empresa se reestruturar e superar a crise em que mergulhara. Terá, nesse caso, valido a pena o sacrifício imposto diretamente aos credores e, indiretamente, a toda a sociedade brasileira (2011, pág. 231).

Em linhas gerais, o plano será proposto pelo devedor em juízo no prazo de até sessenta dias, contados do despacho de processamento, devendo ser observados os requisitos previstos no artigo 53 da NLF:

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

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

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

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

Nesse momento, vemos a importância do artigo 50 na criação do plano de recuperação e, em conjunto com o artigo 54, que assim prevê:

Art. 54. O plano de recuperação judicial não poderá prever prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação judicial.

Parágrafo único. O plano não poderá, ainda, prever prazo superior a 30 (trinta) dias para o pagamento, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, dos créditos de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores ao pedido de recuperação judicial.

Extraem-se do exposto as “quatro balizas fundamentais”¹⁸ do plano de recuperação, quais sejam:

- a) Pagamento dos credores trabalhistas em prazo inferior a um ano, conforme determina art. 54 da NLF;
- b) Parcelamento das dívidas fiscais, nos moldes do § 3º e 4º, artigo 155-A¹⁹, do Código Tributário Nacional;
- c) Alienação de bens onerados apenas com a concordância dos credores e reconhecimento de evidente utilidade da negociação pelo juiz, nos ditames do art. 66²⁰ da NLF;

¹⁸ Essa classificação em balizas é feita por Fábio Ulhoa Coelho em sua obra já citada.

¹⁹ Art. 155-A. O parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica.
§ 3º Lei específica disporá sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial.

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

²⁰ Art. 66. Após a distribuição do pedido de recuperação judicial, o devedor não poderá alienar ou onerar bens ou direitos de seu ativo permanente, salvo evidente utilidade reconhecida pelo juiz, depois de ouvido o Comitê, com exceção daqueles previamente relacionados no plano de recuperação judicial.

d) Conversão das dívidas em moeda estrangeira em moeda corrente nacional, conforme § 2º do artigo 50.

Destarte, fica a cargo do devedor e seus credores, após aprovado o pedido de recuperação, decidirem quais maneiras serão adotadas para recuperar a empresa, tendo como base as medidas do artigo 50 e outras mais que julgarem necessárias. O plano de recuperação deve ser moldado com base nos quatro pilares fundamentais acima citados.

Após a apresentação do plano em juízo, será concedido um prazo de até trinta dias para apresentação de objeções ao plano por parte dos credores devidamente habilitados, conforme prevê o artigo 55 da NLF, e havendo tal objeção ao plano de recuperação judicial, o juiz deverá convocar a assembléia-geral de credores, nos ditames dos artigos 36 e 56 da Lei 11.101/05:

Art. 36. A assembléia-geral de credores será convocada pelo juiz por edital publicado no órgão oficial e em jornais de grande circulação nas localidades da sede e filiais, com antecedência mínima de 15 (quinze) dias, o qual conterà:

I – local, data e hora da assembléia em 1a (primeira) e em 2a (segunda) convocação, não podendo esta ser realizada menos de 5 (cinco) dias depois da 1a (primeira);

II – a ordem do dia;

III – local onde os credores poderão, se for o caso, obter cópia do plano de recuperação judicial a ser submetido à deliberação da assembléia.

§ 1º Cópia do aviso de convocação da assembléia deverá ser afixada de forma ostensiva na sede e filiais do devedor.

§ 2º Além dos casos expressamente previstos nesta Lei, credores que representem no mínimo 25% (vinte e cinco por cento) do valor total dos créditos de uma determinada classe poderão requerer ao juiz a convocação de assembléia-geral.

§ 3º As despesas com a convocação e a realização da assembléia-geral correm por conta do devedor ou da massa falida, salvo se convocada em virtude de requerimento do Comitê de Credores ou na hipótese do § 2º deste artigo.

Art. 56. Havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz convocará a assembléia-geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação.

§ 1º A data designada para a realização da assembléia-geral não excederá 150 (cento e cinquenta) dias contados do deferimento do processamento da recuperação judicial.

§ 2º A assembléia-geral que aprovar o plano de recuperação judicial poderá indicar os membros do Comitê de Credores, na forma do art. 26 desta Lei, se já não estiver constituído.

§ 3º O plano de recuperação judicial poderá sofrer alterações na assembléia-geral, desde que haja expressa concordância do devedor e em termos que não impliquem diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes.

§ 4º Rejeitado o plano de recuperação pela assembléia-geral de credores, o juiz decretará a falência do devedor.

A assembléia-geral, portanto, é um órgão deliberativo convocado pelo juiz (ou por requerimento de credores que representem no mínimo 25% do crédito total), não devendo exceder 150 dias do despacho de processamento para ser realizada, e nesse órgão serão decididos assuntos tais como aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor, constituição do Comitê de Credores e a escolha de seus membros e substitutos (caso necessário), análise do pedido de desistência do devedor, nos termos do § 4º do art. 52 da NLF, nome do gestor judicial, quando o devedor for afastado e qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores, como expressamente determina o artigo 35²¹ em seu primeiro inciso.

Fato interessante é que a assembléia-geral é composta por três classes de credores: os trabalhistas e equiparados (1ª classe), os credores de garantias reais²² (2ª classe) e os credores quirografários e com privilégios (3ª classe), nos ditames do art. 41 da NLF:

²¹ Art. 35. A assembléia-geral de credores terá por atribuições deliberar sobre:

I – na recuperação judicial:

- a) aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor;
- b) a constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição;
- c) (VETADO)
- d) o pedido de desistência do devedor, nos termos do § 4º do art. 52 desta Lei;
- e) o nome do gestor judicial, quando do afastamento do devedor;
- f) qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores;

²² Art. 1.225. São direitos reais:

- I - a propriedade;
- II - a superfície;
- III - as servidões;
- IV - o usufruto;
- V - o uso;
- VI - a habitação;
- VII - o direito do promitente comprador do imóvel;
- VIII - o penhor;
- IX - a hipoteca;
- X - a anticrese.
- XI - a concessão de uso especial para fins de moradia; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007).
- XII - a concessão de direito real de uso. (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007).

Art. 41. A assembléia-geral será composta pelas seguintes classes de credores:

I – titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho;

II – titulares de créditos com garantia real;

III – titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados.

O peso do voto de cada classe, e o gênero do voto é definido nos parágrafos do artigo 41: a classe trabalhista terá o voto por cabeça (independentemente do valor do crédito); já as outras duas classes terão o peso do voto correspondente ao crédito que detém e, sem mais delongas, o plano será aprovado, seguindo-se o artigo 45 da Lei 11.101/2005:

Art. 45. Nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, todas as classes de credores referidas no art. 41 desta Lei deverão aprovar a proposta.

§ 1º Em cada uma das classes referidas nos incisos II e III do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembleia e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes.

§ 2º Na classe prevista no inciso I do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito.

§ 3º O credor não terá direito a voto e não será considerado para fins de verificação de quórum de deliberação se o plano de recuperação judicial não alterar o valor ou as condições originais de pagamento de seu crédito.

Nessa fase, o que mais nos interessa das atribuições da assembléia-geral é a possibilidade de aprovar, rejeitar ou modificar o plano. Se a assembléia rejeitar, ocorrerá o disposto no § 4º do artigo 56, convocação em falência, se ela aprovar ou modificar, segue-se para a última etapa da recuperação.

Outro ponto de destaque quando falamos em assembléia-geral é que os tribunais se posicionam no sentido de que a decisão desse órgão é absoluta, não podendo o juiz ou o membro do Ministério Público intervir na deliberação tomada pelo colegiado. Como reza a melhor jurisprudência:

Com relação à proposta do plano de recuperação da empresa, a assembleia-geral de credores é soberana. TJSP: "... Esta Câmara

Especializada tem se pronunciado no sentido de que em relação à proposta do plano de recuperação da empresa, a Assembleia-Geral é soberana, não podendo o juiz, nem o Ministério Público, imiscuir-se no mérito do plano, em sua viabilidade econômico-financeira, eis que, devendo ele ser instruído com a demonstração de sua viabilidade econômica e com o laudo econômico-financeiro subscrito por profissional legalmente habilitado (artigo 53, II e III), caberá aos credores examinarem os pareceres técnicos e concluir pela viabilidade ou inviabilidade econômico-financeira da proposta da empresa devedora, (AI n. 561.271-4/2-00, rel. Des. Pereira Calças, j. 30.7.2008) (IMHOF, 2009, pág. 204).

Esse posicionamento é duramente criticado por Fábio Ulhoa Coelho, que em sua obra diz que, se extremada essa soberania da assembléia, podem surgir planos de recuperação que não passam de “*blá-blá-blá*”, ou seja, surgirão planos que serão totalmente inconsistentes e incapazes de recuperar a empresa, e entrarão em vigor desnecessariamente. Em suas palavras, Ulhoa considera que:

Pela lei brasileira, os juízes, em tese, não poderiam deixar de homologar os planos aprovados pela Assembléia dos Credores, quando alcançado o quorum qualificado da lei. Mas, como a aprovação de planos inconsistentes levará à desmoralização do instituto, entendendo que, sendo o instrumento aprovado um *blá-blá-blá* inconsistente, o juiz pode deixar de homologá-lo e incumbir o administrador judicial, por exemplo, de procurar construir com o devedor e os credores mais interessados um plano alternativo (2011, pág. 236).

O posicionamento do doutrinador, embora resguarde a eficácia do instituto, pode atingir diretamente a natureza jurídica²³ da recuperação, que passaria desta forma, a ter traços mais visíveis de um benefício/concessão/obrigação judicial, desnaturando seu objetivo (o acordo entre o “devedor e seus credores”); mas não é absurda a idéia do doutrinador, que possibilitaria manter o plano de recuperação nas mãos daqueles que realmente têm interesse na recuperação.

Destarte, os dois elementos que caracterizam a fase deliberativa são a “confecção e apresentação do plano de recuperação” e a “realização da assembléia-geral de credores” no caso de divergências no plano. *In fine*, aprovado o plano de recuperação, de que maneira for, seguirá o processo para a próxima fase, a execução.

²³ Vide item 2.1. Considerações sobre a natureza jurídica do instituto.

3.5.3 Fase executória ou de cumprimento

Considerada pela doutrina a fase mais branda, porém, não a menos importante, é neste momento que entrará em vigor o plano de recuperação previamente aprovado; é, na verdade, este momento que aguarda o devedor desde o minuto que ingressou com o pedido de recuperação em juízo.

Existem dois elementos nessa fase: a sentença, que decretará a recuperação judicial (e por essa ocasião, a empresa passará a exercer sua atividade com a expressão “em recuperação”, como já visto, em conformidade com o artigo 69²⁴ da NLF), que de maneira nenhuma deve ser confundida com o despacho de processamento, como leciona Amador Paes de Almeida:

A decisão que defere o processamento do pedido não se confunde com a sentença concessiva. A primeira objetiva verificar os pressupostos fundamentais à concessão da pretensão. A sentença concessiva, ao revés, implica a execução do plano de recuperação aprovado pelos credores (2009, pág. 305).

A sentença será dada se cumpridas todas as exigências da Lei 11.101/05, conforme previsão do artigo 58²⁵:

Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembléia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.

§ 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembléia, tenha obtido, de forma cumulativa:

I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes;

²⁴ Art. 69. Em todos os atos, contratos e documentos firmados pelo devedor sujeito ao procedimento de recuperação judicial deverá ser acrescida, após o nome empresarial, a expressão "em Recuperação Judicial".

Parágrafo único. O juiz determinará ao Registro Público de Empresas a anotação da recuperação judicial no registro correspondente.

²⁵ Exatamente nos parágrafos e incisos desse artigo que está consolidado o instituto do “*Craw Down*” que já foi estudado na nota de rodapé nº 3.

II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas;

III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei.

Após a sentença, a segunda situação que se verificará paralelamente à sentença, será o cumprimento das obrigações do plano de recuperação: este momento, se assim podemos chamar, terá uma duração estipulada de dois anos, conforme descrito no artigo 61 da NLF:

Art. 61. Proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial.

§ 1º Durante o período estabelecido no caput deste artigo, o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano acarretará a convalidação da recuperação em falência, nos termos do art. 73 desta Lei.

§ 2º Decretada a falência, os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados no âmbito da recuperação judicial.

O prazo de dois anos é incontestável, e, findo este prazo, considera-se terminada a fase de cumprimento, sem mais ressalvas, como leciona Carlos Eduardo Quadros Domingos:

In fine, a fase executória tem seu término com o cumprimento das obrigações vencidas no prazo de 02 (anos) contados da concessão da recuperação judicial e constantes no plano recuperacional pelo devedor, momento no qual o magistrado, com amparo no artigo 63 da Lei nº 11.101 de 09 de fevereiro de 2005, decretará por sentença o encerramento da recuperação judicial (2009, pág. 150).

Destarte, o encerramento da fase e da própria recuperação judicial se dará depois de cumpridas todas as obrigações do plano recuperacional, dentro do prazo fixo de dois anos, por meio de uma sentença proferida pelo juiz competente (o

mesmo que concedeu o benefício). Nesta sentença, o magistrado determinará (Vide art. 63²⁶ da Lei 11.101/05):

- a) Pagamento do administrador judicial em até 30 dias, com aprovação prévia dos relatórios por ele realizados e a devida prestação de contas;
- b) Levantamento dos valores das custas processuais a serem quitadas;
- c) Apresentação, no prazo de 15 dias, do relatório do administrador judicial, descrevendo as atividades realizadas pelo devedor durante o período de recuperação;
- d) Extinção do Comitê de Credores e dispensa do administrador judicial;
- e) Comunicação aos órgãos de Registro Público do encerramento da recuperação judicial para posterior anotação e exclusão da expressão “em recuperação” do nome do devedor.

Desta feita, devidamente estudados sobre as fases da recuperação (postulatória, deliberativa e executória, cada qual com suas peculiaridades), concluímos que a recuperação se desenvolverá por um traçado previamente determinado e que, se cumprido com excelência, possibilitará a recuperação e restabelecimento financeiro da empresa devedora, mantendo todos os elementos anteriormente estudados: a geração de emprego, o desenvolvimento da nação e todos os demais.

²⁶ Art. 63. Cumpridas as obrigações vencidas no prazo previsto no **caput** do art. 61 desta Lei, o juiz decretará por sentença o encerramento da recuperação judicial e determinará:

I – o pagamento do saldo de honorários ao administrador judicial, somente podendo efetuar a quitação dessas obrigações mediante prestação de contas, no prazo de 30 (trinta) dias, e aprovação do relatório previsto no inciso III do **caput** deste artigo;

II – a apuração do saldo das custas judiciais a serem recolhidas;

III – a apresentação de relatório circunstanciado do administrador judicial, no prazo máximo de 15 (quinze) dias, versando sobre a execução do plano de recuperação pelo devedor;

IV – a dissolução do Comitê de Credores e a exoneração do administrador judicial;

V – a comunicação ao Registro Público de Empresas para as providências cabíveis.

Imprescindível, a partir deste momento, fazer uma análise mais profunda sobre a petição inicial, que será apresentada na fase postulatória e seus requisitos legais, exclusivamente no que tange ao requisito do inciso VI, que é o alvo principal do estudo, sendo futuramente analisado aos olhos do instituto do sigilo (financeiro e fiscal) no intento de compreendermos os motivos da criação do dispositivo e a (des) necessidade de sua existência.

3.6 A Petição Inicial e o Inciso VI do Artigo 51

Mesmo não guardando relação direta com o capítulo atual, por melhor didática optei por estudar nesse momento a questão da petição inicial da recuperação judicial, em especial no que tange ao inciso VI do artigo 51. Dessa forma poderemos nos situar melhor em um panorama geral sobre o tema principal antes de partir para o estudo do instituto do sigilo.

A petição inicial trata-se da peça vestibular, inaugural do pedido de recuperação judicial. Somente deverá ser aceita se apresentada por um advogado e se cumpridos os requisitos do artigo 282 do Código Civil, em conjunto com os requisitos específicos do artigo 51 da Lei 11.101/2005. Certo é que os requisitos “extras” elencados no artigo 51 são criados pelo legislador na tentativa de aperfeiçoar o processo de recuperação, tentando torná-lo mais eficaz; entretanto a ambição do legislador criou requisitos que aparentemente violam outras esferas do direito, fato este que deve ser repellido de pronto pelo operador do direito.

Quando, em análise do inciso VI do artigo 51, que determina a indicação da relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor na petição inicial, devemos prestar elevada cautela com o dispositivo, pois no primeiro momento esse inciso, que “tentou” ser inovador, criou uma verdadeira confusão entre o patrimônio da sociedade e de seus sócios, como defende Gladston Mamede: “Trata-se de previsão estranha, já que rompe com o princípio da distinção entre a pessoa jurídica de direito privado e a pessoa de seus membros...” (2008, pág. 198).

Nesse sentido, devemos lembrar que a sociedade e o sócio detêm personalidades jurídicas distintas, um não devendo responder (patrimonialmente) pelas dívidas do outro, e é nesse viés que se posiciona o Código Civil de 2002; notável a diferenciação entre a “personalidade civil” e a “personalidade jurídica da empresa” quando da leitura do artigo 52 do Código Civil²⁷, que assim dispõe: “Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”. É, portanto, deste dispositivo que se extrai a diferença das personalidades da empresa e do sócio.

Ainda em sua crítica, Gladston Mamede pondera que o inciso não viola somente o princípio da distinção entre as personalidades, mas todos os subprincípios que permeiam essa norma (MAMEDE, 2008), lembrando que a própria existência da pessoa jurídica é apartada da existência da pessoa física dos sócios, ou mesmo que a morte dos sócios não cause a inevitável “morte” da pessoa jurídica, ficando clara a diferenciação entre esses dois entes e tornando impossível²⁸ a confusão entre os sujeitos e seus patrimônios.

Em sentido oposto, o doutrinador Manoel Justino Bezerra Filho considera essencial o preenchimento desse requisito para eventual aplicação do artigo 82, § 2º²⁹, que possibilita ao juiz determinar a indisponibilidade dos bens particulares para apuração de fraudes:

²⁷ Como ponto de apoio, necessária a leitura do artigo 44 da Lei que define quais as pessoas jurídicas de direito privado:

Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

I - as associações;

II - as sociedades;

III - as fundações.

IV - as organizações religiosas; (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)

V - os partidos políticos. (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)

VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada.

²⁸ Necessária atenção a essa consideração porque, em casos específicos, poderá existir uma confusão entre os patrimônios sociais e pessoais (caso da *disregard doctrine* que será abordada posteriormente).

²⁹ Art. 82. A responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil.

§ 2º O juiz poderá, de ofício ou mediante requerimento das partes interessadas, ordenar a indisponibilidade de bens particulares dos réus, em quantidade compatível com o dano provocado, até o julgamento da ação de responsabilização.

É importante que tal informação venha para os autos, já com o pedido inicial, não só para conhecimento da situação patrimonial de sócios controladores e administradores, como também para eventual futura aplicação do art. 82 que em seu par. 2º, prevê que o juiz pode, de ofício ou mediante requerimento, ordenar a indisponibilidade de seus bens particulares em quantidade compatível com eventual dano cujo valor se esteja perquirindo (2009, pág. 139).

O posicionamento do doutrinador chega ao absurdo da desconsideração do princípio da distinção ao sopesar que as informações devem ser prestadas com extrema veracidade, sob pena de cometimento do crime falimentar previsto no artigo 171 (indução a erro) da NLF:

Art. 171. Sonegar ou omitir informações ou prestar informações falsas no processo de falência, de recuperação judicial ou de recuperação extrajudicial, com o fim de induzir a erro o juiz, o Ministério Público, os credores, a assembléia-geral de credores, o Comitê ou o administrador judicial:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

A necessidade da prestação da informação prevista no inciso VI, além da defesa doutrinária de Bezerra Filho, ainda encontra amparo jurisprudencial:

Recuperação judicial. Indeferimento. Não atendimento aos requisitos da petição inicial. TJRJ: “Pedido de Recuperação Judicial. Indeferimento do processamento. Apelante que não atendeu integralmente os requisitos da petição inicial previstos no artigo 51 da Lei 11.101/2005, mesmo após a determinação por três vezes de emenda. Informação trazida aos autos de negociação privada promovida pelo Apelante com um dos credores, contrariando o regramento da recuperação judicial, por quebra da isonomia concursal de que trata o artigo 49 da Lei 11.101/2005. Desprovimento da apelação” (Ap. Cív. n. 2008.0001.08940, rel. Des. Ana Maria Pereira de Oliveira, j. 5.8.2008).

Essa jurisprudência mostra, de forma rígida, pela qual foi tratada pelo tribunal, a necessidade de estarem presentes “todos” os requisitos do artigo 51 para deferimento do processamento da recuperação judicial.

Por outro lado, Fábio Ulhoa Coelho leciona que esse requisito é mera informação que instrui a petição e tem como finalidade “proporcionar aos credores o exame de algumas hipóteses de outorga de garantias reais ou fidejussórias” (2011,

pág. 219), tendo em vista ainda que a outorga só será realizada por vontade do proprietário dos bens indicados. Em seu pensamento, Ulhoa destaca: “A lei determina que seja prestada a informação, nada mais; da apresentação da relação de bens, ademais, não segue nenhuma obrigação do sócio, acionista ou controlador...” (2011, pág. 219). Como estudaremos mais adiante, o que interessa não é a finalidade que será dada à informação; o simples fato de existir uma “coação” a prestá-la já caracteriza violação à esfera de direito fundamental do indivíduo, principalmente no que concerne ao círculo da privacidade (dos dados).

Em contraponto, o próprio Fábio Ulhoa Coelho destaca a questão de o dispositivo violar expressamente a garantia constitucional da privacidade, elencada no artigo 5º, inciso X³⁰ da Carta Magna, mas considera que a medida a ser tomada no caso é simples, bastando o devedor se recusar a prestar essa informação e juntar em seu lugar uma declaração de exercício do direito constitucional:

Como a Constituição Federal garante a inviolabilidade da vida privada (art. 5º, X), é plenamente válida a negativa de fornecimento da relação de bens. Nada pode, com efeito, forçar o sócio controlador ou administrador à apresentação da informação, que, de resto, não consta dos arquivos da sociedade empresária. No caso dessa recusa, porém, não seria justo vedar o acesso da sociedade requerente ao benefício da recuperação, por se tratar de ato de terceiro que ela simplesmente não pode impedir, judicial ou extrajudicialmente. A mencionada relação dos bens pode, assim, ser substituída por declaração de exercício do direito constitucional à privacidade pelo sócio, controlador ou administrador (2011, pág. 219).

Data venia, o posicionamento do doutrinador “erra e acerta”; essa possibilidade de “dispor” da vontade do sócio ou administrador na prestação da informação é realmente possível, pois, como veremos mais adiante, quando tratamos de sigilo das informações (principalmente a fiscal e financeira), estamos diante de uma garantia fundamental e inviolável (salvo exceções), ao mesmo tempo em que disponível pelo seu detentor, transformando assim o requisito do inciso VI do artigo 51 numa forma de exteriorizar a transparência e a confiança entre o devedor e seus credores; todavia, se considerarmos capaz a possibilidade indicada por Fábio

³⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Ulhoa, estaríamos diante da aceitação de uma norma eminentemente inconstitucional e contrária aos princípios da Carta Magna, ao mesmo tempo em que encurtaríamos a aplicabilidade dessa norma, visto o cunho “disponível” que passaria a ter o requisito.

Gladston Mamede é incisivo em seu pensamento no sentido de que o requisito é um mecanismo que viola os preceitos constitucionais e não deve, de maneira alguma, ser aplicado; o doutrinador assim pondera:

é preciso reconhecer que o artigo 51, VI, da Lei 11.101/05 seria, igualmente, inconstitucional, por desrespeitar duas garantias fundamentais inscritas na Carta Magna brasileira. Em primeiro lugar, deve-se recordar que o artigo 5º inciso X, da Constituição, prevê ser inviolável a intimidade e a vida privada das pessoas; um pouco adiante, seu inciso XII emenda, estabelecendo igualmente inviolável o *sigilo dos dados* (2009, pág. 199).

Neste momento, é necessário abrir um capítulo para explicarmos o instituto “sigilo” e seu desdobramento em nosso ordenamento, pois só assim teremos capacidade suficiente de discutir com propriedade se o requisito do inciso VI é ou não um instrumento violador desse instituto, qual seja, o “sigilo”.

4. INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO SIGILO

A partir do momento em que o homem concedeu (mesmo que de maneira inconsciente), poder ao Estado, deixou de ser um sujeito individualizado para fazer parte de um conglomerado social, e neste sentido não é errado considerarmos que o indivíduo abriu mão de seus direitos individuais extremos em detrimento das garantias sociais, sendo assim, existindo conflito entre o individual e o político/social deve o último a prevalecer. Essa prevalência, contudo, deve, obrigatoriamente, ser pautada em diretrizes estabelecidas na Carta Magna de cada sociedade, tendo em vista que o Estado, apesar de tudo, existe para dar segurança não só ao social, mas também ao individual, ou seja, o social prevalece dentro daquilo que é possível.

Em vista da origem da “sociedade”, faz-se necessária uma diferenciação entre bens de natureza pública e privada. Os bens de natureza pública são aqueles que podem ser vistos e usados por qualquer da sociedade (respeitadas eventuais restrições), mas que pertençam a entes governamentais; na esfera cível, a classificação dos bens como privados é importante, pois impossível, em nosso ordenamento, ações possessórias ou as que se busquem a propriedade sobre esses bens (vide livro II, capítulo III, artigos 98 ao 103 do Código Civil); na esfera penal, a natureza pública dos bens é objeto de resguardo e, havendo violação ou depredação deles, incorre o agente em ilícito (vide art. 163, III, do Código Penal).

Os bens de natureza privada, de maneira singela, podem ser definidos como bens que não são de natureza pública, são bens que não podem ser dispostos ao uso da sociedade, porque sobre eles recaem direitos individuais, tais como a posse e a propriedade; ficam condicionados esses bens à possibilidade de usar, gozar, dispor ou reivindicar a sua utilização exatamente pela natureza de subordinação entre o sujeito mantenedor e o bem mantido. É justamente sobre os bens privados que recai o “sigilo”.

4.1 Princípios Ensejadores e Normas Regulamentadoras

Os princípios constitucionais podem ser definidos como “normas” de natureza finalística que indicam um estado ideal a ser buscado sem, contudo, descrever uma conduta a seguir (DWORKIN, 2002). Por outro lado, as garantias fundamentais não têm ensejo exclusivamente constitucional, tendo em vista que a Constituição, por maior força que detenha é, nada mais, que um texto e não preconiza, ou melhor dizendo, “legítima” todas as espécies de Direitos e Garantias Fundamentais existentes, o que, por óbvio, seria impossível diante da natureza volátil do direito pela sua relação com a dinâmica social.

Assim, quando o tema é “sigilo” (como gênero), o estado ideal buscado é a garantia da privacidade do indivíduo.

A privacidade, nas lições de Celso Ribeiro Bastos, consiste na “faculdade que tem o indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes acesso a informações sobre a privacidade de cada um e impedir também que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano” (2004, pág. 63).

Ou seja, privado é aquilo que é disponível e sabido de um indivíduo por uma pequena esfera de pessoas, ou, no mais das vezes, por somente o próprio detentor das informações.

A privacidade no âmbito internacional foi prevista no artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos do Homem considerando que: “Ninguém será objeto de ingerências arbitrárias em sua vida privada, sua família, seu domicílio ou sua correspondência (...)”.

Também, a Convenção Européia dos Direitos dos Homens, firmada em 1950 em Roma, previu no art. 8º, 1, que: “Qualquer pessoa tem direito ao respeito de sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”.

Pode-se citar também a Convenção Interamericana dos Direitos Humanos de 1969 e o Pacto sobre Direitos Civis e Políticos da ONU, como outras

espécies de tratados que abordam de forma semelhante o tema “direito à privacidade” (BELLOQUE, 2003, pp. 41-42).

É visível a preocupação desses tratados em dar ao direito à privacidade um enfoque universal, isto para que os Estados tratassem a matéria como sendo um “direito do homem”, sendo positivado em cada ordenamento como uma garantia fundamental ao indivíduo.

Nessa seara, o ordenamento brasileiro tratou na Constituição de legitimar essa garantia fundamental da privacidade do indivíduo. Vide o artigo 5º, X e XII, da Carta Magna, que assim descreve:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

A Constituição, entretanto, não fala expressamente em sigilo fiscal ou financeiro³¹, mas é pacífico o posicionamento de que a expressão “sigilo de dados” é um gênero que abarca todas as demais espécies de sigilo atinentes à vida privada e às informações sobre indivíduo. Na consideração de James Marins:

O sigilo bancário e fiscal é limitação relacionada com o sigilo de dados, encontrado no art. 5º, X e XII da Constituição Federal de 1988, e que se estende à atividade fiscalizatória da Administração tributária. É, portanto, garantia individual que limita a atividade de fiscalização da Administração tributária ao não permitir que no bojo de procedimento ou Processo Administrativo haja quebra do sigilo constitucional ínsito aos dados bancários e fiscais dos contribuintes, especialmente expresso no art. 198 do CTN (2003, p. 246).

³¹ A constituição realmente não trata expressamente desses elementos, mas assim também é feita na constituição italiana, em seu artigo 15, que assim prevê:

“Art. 15 Serán inviolables la libertad y el secreto de la correspondencia y de cualquier otra forma de comunicaci3n. La limitaci3n de los mismos s3lo podr3 producirse por auto motivado de la autoridad judicial con las garant3as establecidas por la ley.”

Ainda, no ordenamento, a norma infraconstitucional conhecida como Código Tributário Nacional também disserta sobre o sigilo das informações quando no artigo 198, alterado pela Lei Complementar nº 104, de 10/01/2001, considera o seguinte:

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

§ 1º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:

I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;

II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.

§ 2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo.

Em síntese, quando o assunto é sigilo, vê-se que o legislador se preocupou em dar ao instituto uma natureza de direito e garantia fundamental, respeitando as máximas das garantias da privacidade e da intimidade do indivíduo, podendo ser inclusive considerada a garantia da inconstrangibilidade do indivíduo como ensejo principal.

4.2 Do Sigilo

Conforme o léxico, sigilo seria: “1. Obrigação de guardar um segredo; 2. Segredo”. Assim é definida a palavra sigilo no Dicionário da Língua Portuguesa (FERREIRA, 2001, p. 635); porém, cabe considerar que apesar de sinônimas as palavras sigilo e segredo, existem diferenças básicas entre elas, ponto esse que deve ser esclarecido antes de adentrar no estudo direto do sigilo.

Segredo pode ser definido como algo oculto, sob reserva, resguardado de alguém, algo que não quer ou não deva ser revelado; tem origem na palavra do latim “secretus”, que significa afastado, separado. Segundo alguns, a palavra segredo teria uma ligação com a palavra sagrado. Assim defende Nelson Abrão (1986, p.9) quando disserta sobre a origem do sigilo.

O sigilo consiste no dever de não revelar um fato particular que se tenha conhecimento, ou seja, o sigilo é o segredo que não deve ser difundido. Nesse aspecto Pontes de Miranda (1987) *apud* Paulo Quezado e Rogério Lima, faz a seguinte consideração: “assim como aos homens se reconheceu a liberdade ativa de emissão do pensamento, reconheceu-se a liberdade negativa: pensar, porém não é emitir; saber, porém não é dizer” (2002, pág. 29).

Após as devidas considerações e conceitos passa-se a analisar as espécies propriamente ditas de sigilo, com enfoque exclusivo sobre o sigilo fiscal e o financeiro (ou bancário).

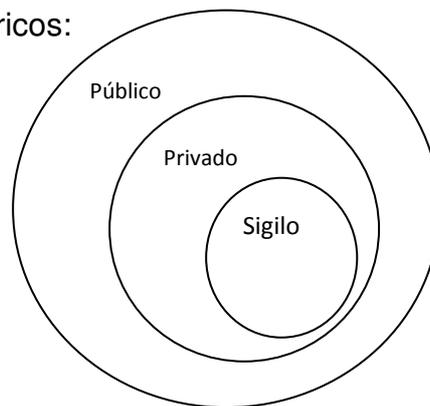
4.2.1 Diferenças entre as modalidades de sigilo

Quando se fala de diferenciação entre sigilo fiscal e financeiro, estamos diante de uma divergência doutrinária quanto à necessidade dessa divisão dos institutos.

Eduardo Didonet Teixeira Martins Haeberlin considera que embora exista diferenciação entre os conceitos de sigilo fiscal e financeiro, em suas palavras, essa “preocupação de chegar às minúcias e fazer essa distinção nos parece bizantina” (2005, pág. 82), não oferecendo qualquer benefício prático; Marco Fridolin Sommer dos Santos, no seguinte trecho, fundamenta essa idéia: “em geral a doutrina tem usado indistintamente ambas as expressões no mesmo sentido. Em razão disso o senso comum recomenda a adoção de ambas, sem distinções significativas” (1999, p. 18).

Eduardo Didonet Teixeira fundamentou seu posicionamento utilizando-se da Teoria Alemã dos Círculos Concêntricos³², que consiste em classificar os conceitos do direito com base em seus objetivos e sua amplitude, criando círculos de maior abrangência (direito público), que envolvem círculos de menor abrangência (sigilo), e, quanto menor o círculo, mais difícil de ser explorado ou violado.

Círculos Concêntricos:



A importância dessa teoria é exatamente reafirmar a garantia ao sigilo como consequência do direito privado. Desta forma, Eduardo Didonet Teixeira aprecia a insignificância da divisão dos institutos, pautado no fundamento de que é desnecessária uma divisão de institutos que tem origem no mesmo ponto em comum, ou melhor, no mesmo círculo concêntrico.

Já a autora Juliana Garcia Belloque (2003, p. 56) considera “inaceitável” a confusão entre sigilo fiscal e financeiro. Segundo ela, os institutos já começam a diferir quanto aos sujeitos ativos do dever de sigilo, sendo o sujeito ativo do sigilo fiscal as pessoas políticas de direito público, as autoridades, na qualidade de seus órgãos e seus funcionários, e os sujeitos ativos do sigilo financeiro, as instituições financeiras definidas pela Lei Complementar nº 105/2001, empresas de factoring, e ainda pelo Banco Central e CVM – Comissão de Valores Mobiliários (vide art. 1º, § 1º e 2º; art. 2º, § 3º da referida lei). Sustenta ainda que as diferenças entre os institutos não se restringem unicamente aos sujeitos ativos, realçando as diferenças no que tange às sanções aplicadas aos agentes violadores do sigilo e as possibilidades de quebra de cada um. Em suas palavras:

Ante o exposto, não restam dúvidas de que o sigilo fiscal está longe de equiparar-se ao sigilo financeiro e não tem o condão de absorvê-lo, não podendo, mormente, ser invocado pelo fisco para fundamentar indevidas

³² Explicação sobre a teoria alemã encontra-se na Obra de Eduardo Didonet Teixeira. p. 83.

requisições de informações sigilosas às instituições financeiras (2003, pág. 57).

Por mais divergente que seja a diferenciação do instituto percebe-se que pacífica é a natureza derivada do instituto sigilo, que decorre de um direito maior, qual seja o direito humano em um subgênero da garantia fundamental.

4.2.2 Sigilo financeiro ou bancário

O sigilo bancário tem previsão expressa na Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Observamos a preocupação do legislador em positivizar o instituto e regular a sua apreciação, sendo assegurado o sigilo já no primeiro artigo da lei, a qual disserta que “as instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados”.

Sérgio Carlos Covello define o sigilo fiscal como sendo a “obrigação que tem os bancos de não revelar, salvo justa causa, as informações que venham a obter em virtude de sua atividade profissional” (2001, pág. 86). Pode-se subtrair do conceito de Sérgio Covello dois elementos básicos do sigilo bancário, quais sejam, a obrigação e a justa causa.

Pela **obrigação** entende-se que, com base nos fundamentos legais até o momento estudados, e a natureza de garantia fundamental positivada que tem o sigilo, deve, compulsoriamente, as instituições financeiras manter seguras e inacessíveis as informações advindas de sua atividade empresarial.

Já a expressão **justa causa** indica que devem estar presentes certos requisitos ensejadores da violação, para que ela seja legítima. Isto se dá especialmente pela natureza de “ultima-ratio” que envolve qualquer violação aos direitos e garantias fundamentais, ou seja, deve ser observada a extrema necessidade da violação de uma garantia fundamental de um indivíduo para que seja possível tal violação.

Outro conceito passível de apreciação seria o dado por Eduardo Didonet Teixeira:

O sigilo bancário vem a ser, para nós, o direito do cliente perante os profissionais da atividade bancária de manter seus dados conhecidos por esses em razão de sua atividade, sempre em segredo, salvo pela manifestação de seu interesse ou em razão de motivos que tornem imprescindível a revelação destas informações (2005, p. 99).

Com a exposição desse conceito, vê-se que é pacífica a doutrina ao classificar o sigilo bancário, mantendo como elementos imprescindíveis a obrigação da entidade bancária de resguardá-lo, e a necessidade de justa causa para ser violado.

Depois de definidos os conceitos, é importante fazer uma breve evolução histórica do instituto do sigilo financeiro³³.

Desde os primórdios da atividade bancária, o sigilo está presente como uma maneira de garantir a segurança dos usuários; a mais antiga previsão de sigilo bancário na história advém do Código de Hamurabi, que permitia, havendo conflito entre o cliente e o banqueiro, o último dispor dos dados do sujeito em seu favor, podendo assim “desvendar” os dados do cliente. A atividade bancária surgiu na Grécia, onde ficavam responsáveis os banqueiros pela guarda dos valores e moedas de seus clientes e caso necessário, fornecerem os dados guardados ao Estado. Essa evolução da atividade bancária e sua indiscutível ligação com o sigilo, ainda se desenvolveram na era romana e na Idade Média, restando, portanto positivado em nossa atual situação jurídica.

Na história, o país considerado como referência e maior defensor do sigilo bancário é a Suíça, que à época da 2ª Guerra Mundial, mantinha em seus bancos dados financeiros tanto dos Aliados quanto do Eixo, sofrendo indiscutível pressão de ambos os lados para quebrar o sigilo dos dados dos rivais em seu poder. Apesar da pressão, e é aqui que se destaca a ação protecionista da Suíça, o país não cedeu os dados em seu poder quando o III Reich exigiu, e nem mesmo quando os Aliados após a invasão do Dia D, requereram; porém, infelizmente, devido a

³³ Evolução histórica baseada na obra já citada de Nelson Abrão. 1986.

sanções impostas pelos Aliados, finalmente, a Suíça violou os dados financeiros em seu poder.

Nelson Abrão, quando disserta sobre a origem das atividades bancárias e consequente sigilo financeiro, fundamenta a necessidade humana de que originou essa organização:

É instintiva a natureza humana o desejo de manter certa discrição no que concerne à posse e disponibilidade dos bens materiais. Quando não seja para evitar o aguçamento das pretensões do Fisco, sê-lo-á, pelo menos, para não provocar sentimentos nocivos nos inferiormente dotados de bens. (1986, pág. 9).

A evolução histórica de qualquer assunto é sempre necessária para demonstrar a origem e importância do assunto e seu peso na sociedade, visto que um tema sem relevância histórica é logo esquecido ou mesmo nem reconhecido.

4.2.2.1 Sistemas do sigilo bancário

Existem, basicamente, três grandes sistemas legais que regulam o sigilo bancário ao redor do globo, são eles (ABRÃO, 1986, p. 11):

1. Anglo-Saxão: havendo conflito entre a apuração dos fatos verídicos (“truth of the facts”) e o respeito à intimidade das partes (privacy), em um caso concreto, prevalece o primeiro devendo a entidade financeira prestar as devidas informações aos órgãos jurisdicionais que exigirem. Exemplo de países que adotam esse sistema: EUA, Inglaterra. Não existe previsão legal de sigilo bancário nesse sistema. Ele é pautado na segurança conferida pelo Estado ao indivíduo; contudo, havendo conflito, essa “segurança” pode ser facilmente quebrada na busca eficaz da verdade dos fatos.
2. Europeu-Continental: nesse sistema, existe a positivação do direito ao sigilo fiscal, mas, diferentemente do modelo anglo-saxão, o

responsável por manter tal sigilo não seria a entidade financeira em si, mas sim seus funcionários, devendo zelarem por tais informações como uma “prerrogativa” de sua função, inclusive incorrendo em crime caso não o façam (art. 154 CP), e eventual sanção civil (isto porque o tipo fala em “dano” e, como conhecemos, existindo dano, é possível a reparação civil de tal). Mesmo com essa segurança jurídica positivada, ressaltamos que em casos específicos, impera a possibilidade de “quebra” dessas informações, isso, contudo, respeitados os princípios constitucionais atinentes a qualquer “atividade que envolva jurisdição” (princípio do contraditório, mesmo na esfera administrativa).

3. Suíço-Líbano: impera o sistema conhecido como “Reforçado”, são legitimadas (Lei Federal 08/11/1934, art. 47, “b”, Suíça; Lei de 03/09/1956, Líbano) sanções de natureza pessoal, patrimonial e inclusive moral em que o agente violador incorrerá. Neste sistema rígido, a quebra do “segredo” só é permitida em casos previstos na lei e em casos impostos pela organização da atividade bancária. Nesse sistema existe separação da influência do estado na atividade bancária.

Os sistemas mostram a preocupação dos Estados em resguardar o instituto do sigilo bancário exatamente pela natureza de direito fundamental que envolve o instituto.

4.2.2.2 Sujeitos ativos

Os sujeitos ativos são os órgãos responsáveis por manter o sigilo, sobre eles recai a obrigação de zelo. São sujeitos ativos do sigilo financeiro as instituições financeiras, definidas no artigo 1º, § 1º da Lei Complementar nº 105/2001, quais sejam:

Art. 1º, § 1º São consideradas instituições financeiras, para os efeitos desta Lei Complementar:

- I – os bancos de qualquer espécie;
- II – distribuidoras de valores mobiliários;
- III – corretoras de câmbio e de valores mobiliários;
- IV – sociedades de crédito, financiamento e investimentos;
- V – sociedades de crédito imobiliário;
- VI – administradoras de cartões de crédito;
- VII – sociedades de arrendamento mercantil;
- VIII – administradoras de mercado de balcão organizado;
- IX – cooperativas de crédito;
- X – associações de poupança e empréstimo;
- XI – bolsas de valores e de mercadorias e futuros;
- XII – entidades de liquidação e compensação;
- XIII – outras sociedades que, em razão da natureza de suas operações, assim venham a ser consideradas pelo Conselho Monetário Nacional.³⁴

Empresas de *factoring* com previsão do § 2º do mesmo artigo:

§2º As empresas de fomento comercial ou factoring, para os efeitos desta Lei Complementar, obedecerão às normas aplicáveis às instituições financeiras previstas no § 1º.

E ainda o Banco Central e CVM – Comissão de Valores Mobiliários, segundo os quais:

Art. 2º O dever de sigilo é extensivo ao Banco Central do Brasil, em relação às operações que realizar e às informações que obtiver no exercício de suas atribuições.

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se à Comissão de Valores Mobiliários, quando se tratar de fiscalização de operações e serviços no mercado de valores mobiliários, inclusive nas instituições financeiras que sejam companhias abertas. (grifo nosso).

É importante definir quem são os sujeitos ativos do sigilo especialmente porque, havendo violação indevida dessa garantia fundamental, incorrerão os agentes causadores em sanções que mais adiante serão abordadas.

³⁴ Lei Complementar Nº 105, de 10 de Janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências.

4.2.2.3 Legitimidade para efetuar a “quebra”

Os motivos que possibilitam a “quebra” logo mais serão expostos, mas já nesse primeiro momento deve-se definir quem são os sujeitos que podem operar a “quebra”.

Segundo Juliana Belloque (2003, pág.122), exclusivamente os membros do Poder Judiciário são legitimados a realizar a quebra, isso com base na teoria da separação dos poderes³⁵. O que parece com essa consideração é que foi dado um absolutismo sobre o tema a um só Poder, podendo gerar certa desconfiança social ou mesmo arbitrariedade de tal Poder no exercício dessa função; entretanto, contra isso existe o sistema de freios e contrapesos³⁶ entre os poderes e ainda dentro do próprio Judiciário, a garantia de revisão por juízos de maior grau, fora os princípios que regulam a aplicação de tal poder (por exemplo, a imparcialidade do juízo), tornando infundada a insegurança que pode ser questionada.

Quanto à possibilidade dos membros do Ministério Público operarem a quebra, por interpretação das atribuições do MP, previstas no artigo 129 da Constituição Federal, poderia ser ponderada essa possibilidade, porém, nossos tribunais³⁷ consideraram insuficiente a evocação do artigo 129 para garantir ao Ministério Público a possibilidade de quebra, exatamente pelo fato de o sigilo ter natureza de direito fundamental, e sobre ele recair a extrema necessidade para ser quebrado (BELLOQUE, 2003). Sendo assim, ficou limitado ao Ministério Público, com previsão do artigo 29 da Lei. 7.492/1986, requisitar, quando considerar necessário, as informações, documentos e diligências às autoridades competentes,

³⁵ A teoria da separação dos poderes é elencada no artigo 2º da Constituição Federal, que prevê a divisão do Estado entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, cada um com suas atribuições específicas.

³⁶ O sistema de Freios e Contrapesos, que nada mais é que a limitação do campo de ação de um poder e a fiscalização dos demais poderes, é também utilizada pelo doutrinador Eduardo Didonet, em sua obra já citada, para esclarecer a possibilidade da quebra pelo poder legislativo nas CPI's.

³⁷ RE 215.301-0-CE no STF, proferido pelo relator Min. Carlos Velloso- 2ª Turma. Julgamento em 13.04.1999 Ementa: “Constitucional – Ministério Público – Sigilo Bancário – Quebra – CF, art. 129, VIII – A norma inscrita no inc. VII do art. 129 da CF não autoriza ao Ministério Público, sem a interferência da autoridade judiciária, quebrar o sigilo bancário de alguém [...]”. www.stf.gov.br, acesso em 06.05.2012.

fazendo-se inclusive a ressalva do parágrafo único desse artigo: “não podem se obstar à concessão, quando feito o pedido, dos dados referentes às operações financeiras³⁸”.

Existe na Lei Complementar 105/2001, a possibilidade da quebra do sigilo pela Secretaria da Receita Federal, sem a apreciação judiciária. Pode-se considerar que essa possibilidade (quebra pela Secretaria da Receita Federal), foi mantida na LC nº 105/2001 (QUEZADO, 2002), como forma de legitimar a possibilidade de quebra em casos específicos como o do programa de recuperação tributária conhecido como REFIS. Previa a Lei nº 9.964 de 10 de abril de 2000, (revogada pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, mas mantida a possibilidade pela Lei 105/2001), em seu artigo 3º, a seguinte regulamentação:

Art. 3º A opção pelo Refis sujeita a pessoa jurídica a:

I – confissão irrevogável e irratável dos débitos referidos no art. 2º;

II – autorização de acesso irrestrito, pela Secretaria da Receita Federal, às informações relativas à sua movimentação financeira, ocorrida a partir da data de opção pelo Refis.

Nesse ponto, Miguel Reale e Ives Gandra da Silva Martins³⁹ consideram que qualquer regulamento ou lei que tente conceder poder de quebra a outro órgão senão o Poder Judiciário é inconstitucional, aduzindo que:

Exceção às CPIs, para as quais são inerentes poderes próprios de investigação judicial por outorga constitucional, não podem outros órgãos, poderes ou entidades não autorizados pela Lei Maior quebrar o sigilo bancário e, pois, afastar o direito à privacidade independentemente de autorização judicial, a pretexto de fazer prevalecer o interesse público, máxime quando não têm o dever de imparcialidade por serem PARTE na relação mantida com o particular.

Parece correto o posicionamento dos doutrinadores, mesmo porque uma violação tão séria a um direito fundamental de um indivíduo só deve ser feita se

³⁸ Eduardo Didonet se mostra favorável à possibilidade dos membros do Ministério Público operarem a quebra mesmo que a lei trate a possibilidade como um pedido. Confirmando o pensamento de Uardi Bulos: “tal requisição não poderá ser negada. Seu desatendimento implica crime de prevaricação ou desobediência.”

³⁹ Parecer de Miguel Reale e Ives Gandra Martins, consultados pela Ordem do Advogados do Brasil em 11 de dezembro de 2002, www.conjur.com.br.

observados o princípio do devido processo legal, positivado no artigo 5º, LV da CF/88.

Após essa consideração, vê-se que a possibilidade de quebra do sigilo pela Secretaria da Fazenda nos casos em que uma empresa ou pessoa física adote um plano especial de recuperação fiscal, é legalmente possível, tendo em vista que a Secretaria se torna “PARTE” na relação com a pessoa jurídica ou física⁴⁰.

Quanto as CPIs – Comissões Parlamentares de Inquérito – o tema resguarda considerações, pois não é pacífica a constitucionalidade do artigo 4º, § 1º da LC 105/2001 que assim prevê:

Art. 4º O Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários, nas áreas de suas atribuições, e as instituições financeiras fornecerão ao Poder Legislativo Federal as informações e os documentos sigilosos que, fundamentadamente, se fizerem necessários ao exercício de suas respectivas competências constitucionais e legais.

§ 1º As comissões parlamentares de inquérito, no exercício de sua competência constitucional e legal de ampla investigação, obterão as informações e documentos sigilosos de que necessitarem diretamente das instituições financeiras, ou por intermédio do Banco Central do Brasil ou da Comissão de Valores Mobiliários.

Miguel Reale, no trecho já citado, considera constitucional a possibilidade da quebra do sigilo pelas CPIs, defendendo que essa possibilidade é um exercício de função atípica do Legislativo que carece ser respeitada, pois nem sempre deve imperar cegamente o direito fundamental, sob pena de prejudicar a pacificação social, e nem devem existir turbações nas “engrenagens” legais em busca do escopo, qual seja, no caso da CPI, a busca “in abstracto” da satisfação social.

Em contrapartida, Paulo Quezado e Rogério Lima consideram impossível a concessão do poder de quebra do sigilo pelas CPIs. Isto porque não existe previsão constitucional de tal prerrogativa para o Poder Legislativo, e, considerando que se transmitindo tal Poder ao Legislativo, existiria uma verdadeira subversão do princípio elementar da lógica no sentido de que, não permitida expressamente pela Constituição, não seria possível ser considerada admissível na

⁴⁰ A possibilidade de a pessoa física ingressar no plano REFIS foi consolidada com a criação da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, conhecida popularmente como REFIS Crise.

CPI, que deriva do próprio Poder Legislativo; em suas palavras, seria ponderar que “a criatura pode mais que o criador” (2002, pág. 69).

Importa ressaltar que, independentemente da constitucionalidade ou não do artigo 4º, vê-se o zelo que teve o legislador em garantir uma espécie de “devido processo” quando impõe como ato necessário à quebra a aprovação prévia do Plenário no § 2º do referido artigo:

§ 2º As solicitações de que trata este artigo deverão ser previamente aprovadas pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, ou do plenário de suas respectivas comissões parlamentares de inquérito.

Destarte, vê-se que, de regra, é legítimo para operar a quebra somente os membros do Poder Judiciário, mas, em casos excepcionais, com previsão legal, essa capacidade pode ser “delegada” a outros órgãos, mas desde que os órgãos “atípicos” também resguardem a necessidade para tal violação.

4.2.3 Sigilo Fiscal

Quando se fala em sigilo fiscal, estamos falando de um dever dos órgãos fiscais (não mais os bancos) manterem o sigilo dos dados em seu poder. A sua natureza jurídica é equiparada à do sigilo financeiro, ou seja, é uma obrigação de não fornecer os dados em seu poder, salvo em caso de justa causa. (TEIXEIRA, 2005).

Dessa forma, pode-se conceituar o sigilo fiscal como sendo o “direito do contribuinte, perante órgãos de fiscalização de tributos da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, de manter seus dados (fiscais), conhecidos por estes em razão da atividade de fiscalização, sempre em segredo, salvo em função do interesse expresso pelo contribuinte ou em razão de motivos que se façam necessários para a própria atividade de comunicação (ou mesmo por requisição judicial, como já visto)” (TEIXEIRA, 2005, p. 102).

Ainda analisando o conceito, vemos um caso peculiar de comunicação de informação, mas que não caracteriza uma violação, que seria a possibilidade de transmissão de informação entre os próprios órgãos de fiscalização. Esta possibilidade encontra-se prevista em dois dispositivos, no artigo 198 do CTN em seu § 2º:

§ 2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo.

E ainda, no artigo 1º, § 3º da Lei Complementar 105/2001:

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

I – a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

II - o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

III – o fornecimento das informações de que trata o § 2º do art. 11 da Lei no 9.311, de 24 de outubro de 1996;

IV – a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa;

V – a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados;

VI – a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9 desta Lei Complementar.

Extrai-se do conceito acima mencionado que a diferença básica entre sigilo fiscal e bancário é quanto aos sujeitos que devem manter guardados (em sigilo) os dados dos clientes.

4.2.3.1 Sujeitos ativos

A diferença básica entre os sujeitos ativos do sigilo bancário e fiscal já foi definida, sendo importante, a partir de agora, definir quem é o “órgão de fiscalização” dos documentos fiscais que figuram no pólo ativo.

O órgão de fiscalização é aquele definido no artigo. 198 do CTN, ou seja, a Fazenda Pública e seus funcionários, que devem, obrigatoriamente, sob pena de sanções, resguardar as informações obtidas no exercício de seu cargo, função, dentro do órgão fazendário.

Vemos que o sujeito ativo é um órgão e, como pessoa jurídica, não é fisicamente possível que pratique qualquer ato; sendo assim, impera nessa relação a responsabilidade civil subjetiva dos funcionários de tal órgão, conforme se vê no art. 932 do Código Civil:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

(grifo meu)

Deste modo, não é repetitivo frisar que o sujeito ativo é, na verdade, um ente de personalidade jurídica que envolve pessoas físicas que nele trabalham como sujeitos responsáveis por manter o sigilo da informação.

4.3 Sujeito Passivo

Já se sabe quem pode realizar a “quebra” do sigilo bancário e fiscal; agora, resta definir quem pode sofrer essa violação.

O sujeito passivo pode ser qualquer do povo, pessoa física ou jurídica, desde que observada a necessidade e presença dos fundamentos para a quebra do sigilo, não restando maiores controvérsias e discussões sobre este ponto, lembrando que a quebra irá recair sobre bens de natureza privada (vide capítulo 3 do presente trabalho).

4.4 Possibilidades de Quebra

Fato preliminar interessante a ser destacado é que o termo “quebra” era uma simples expressão popular que acabou sendo legitimada na Lei 105/2001 pelo legislador, tornando assim “quebra” o sinônimo da transgressão administrativa ou judicial do direito fundamental de sigilo das informações.

Até o momento muito se falou sobre as informações, do dever de guardar as informações, porém, falta ainda considerar quais as informações passíveis de resguardo legal.

As informações são todas aquelas que derivam das operações financeiras ou de fiscalização dos órgãos competentes, sendo as operações financeiras especificamente elencadas no artigo 5º, § 1º da lei 105/2001 (regulamentado pelo Decreto nº 4.489, de 28 de novembro de 2002), que assim define:

Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.(Regulamento)

§ 1º Consideram-se operações financeiras, para os efeitos deste artigo:

- I – depósitos à vista e a prazo, inclusive em conta de poupança;
- II – pagamentos efetuados em moeda corrente ou em cheques;
- III – emissão de ordens de crédito ou documentos assemelhados;
- IV – resgates em contas de depósitos à vista ou a prazo, inclusive de poupança;
- V – contratos de mútuo;
- VI – descontos de duplicatas, notas promissórias e outros títulos de crédito;
- VII – aquisições e vendas de títulos de renda fixa ou variável;
- VIII – aplicações em fundos de investimentos;
- IX – aquisições de moeda estrangeira;
- X – conversões de moeda estrangeira em moeda nacional;
- XI – transferências de moeda e outros valores para o exterior;
- XII – operações com ouro, ativo financeiro;
- XIII - operações com cartão de crédito;
- XIV - operações de arrendamento mercantil; e
- XV – quaisquer outras operações de natureza semelhante que venham a ser autorizados pelo Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários ou outro órgão competente.

Vê-se que esse artigo traz um rol, que pode ser definido como exemplificativo, por interpretação literal e autêntica do inciso XV do mesmo artigo, abrindo precedente para que outras operações, desde que autorizadas pelo Banco Central, sejam taxadas como operações financeiras, portanto, alvos do sigilo.

A obrigação do “segredo” sobre essas informações é prevista no § 5º do mesmo artigo: “As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor [...]”.

Existem também as informações que podem ser prestadas livremente sem ferirem o sigilo, conforme artigo 198, § 3º do CTN, que assim considera:

§ 3º Não é vedada a divulgação de informações relativas a: (Redação dada pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

- I – representações fiscais para fins penais; (Inciso incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)
- II – inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública; (Inciso incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)
- III – parcelamento ou moratória. (Inciso incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

Finalmente, definidas as informações, alvo do sigilo, não é desgastante lembrar que a quebra só poderá ocorrer em último caso, em “ultima ratio”, porque a quebra é uma violação direta aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Essa excepcionalidade ficou bem clara no artigo 6º da lei 105/2001:

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. (grifo nosso)

Depois das devidas considerações, passemos a analisar as possibilidades de quebra. Eduardo Didonet Teixeira nomeia as possibilidades de quebra como sendo limitações ao sigilo, o que é bastante pertinente diante da natureza do instituto, dividindo ainda as limitações em legais e naturais. As legais seriam “*exceções de lei que dão nascimento à obrigação de revelar segredo*”, e as naturais a “*faculdade do Banco para bem exercer o seu mister*” (2005, pág. 104).

Com a devida vênia, utilizar-se-á dessa divisão para melhor elencar as limitações do sigilo.

4.4.1 Limitações Legais

a) Persecução penal (inquérito ou ação penal), em que se julgue necessária a quebra do sigilo para apuração de fatos e colheita de provas, conforme §4º, art. 1º da Lei nº 105/2001:

§ 4º A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes:

I – de terrorismo;

II – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

- III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção;
- IV – de extorsão mediante sequestro;
- V – contra o sistema financeiro nacional;
- VI – contra a Administração Pública;
- VII – contra a ordem tributária e a previdência social;
- VIII – lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores;
- IX – praticado por organização criminosa.

Esse rol de crimes é meramente exemplificativo, mas, segundo Juliana Garcia Belloque deveria ser taxativo, pois:

Em se tratando de compressão do sigilo financeiro, da lei exigem-se preceitos inequívocos e precisos, que descrevam as específicas e excepcionais situações de cabimento da medida restritiva, as quais não poderiam ser elásticas pelo intérprete (BELLOQUE, 2003, pág. 95).

b) Casos excepcionais de estado de sítio ou de defesa, conforme previsão constitucional dos artigos 136, § 1º, alíneas b e c, e 139, III, da Constituição Federal:

Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçada por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

§ 1º - O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes:

I - restrições aos direitos de: [...]

b) sigilo de correspondência;

c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica.

Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:

[...]

III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei.

c) Em casos em que prevaleça o interesse da justiça ou administração pública, desde que presente a justa causa para tanto, vide §1º, artigo 198 do CTN:

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

§ 1º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:

I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;

II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.

O tópico é chamado de “limitação legal” exatamente pelos motivos já abordados no artigo, ou seja, as possibilidades são tratadas como limitações porque o sigilo é um direito fundamental, que só pode sofrer “diminuição” por alguma entidade ou poder se assim prever a lei.

4.4.2 Limitações naturais

São elas (DIDONET, 2005, pág. 108):

- Interesse do cliente;
- Procuradores, representantes ou qualquer outra pessoa autorizada pelo cliente;
- Cônjuge do cliente;
- Pais de filhos menores de idade;
- Prestador de garantias;
- Sujeitos que realizam operações conjuntas;

- Interesse do próprio banco na manutenção de suas atividades.

Os limites naturais fazem presumir que o sujeito detentor do sigilo, o dono da informação, por sua vontade, pode abrir mão do sigilo de suas informações. Sendo assim (com exceção do último item, referente aos bancos, que não podem difundir a informação para “fora” de sua instituição), o sigilo mostra-se um direito disponível por seu detentor, além de violável legalmente em “*ultima ratio*”.

4.5 Consequências da Quebra Indevida

Qualquer ato com relevância jurídica, ao se realizado de forma indevida, sem observância de seus requisitos e análise do próprio instituto, traz consigo sérias consequências ao agente que realizou o ato da forma imprópria.

No caso em tela, quando indevida a quebra do sigilo, o agente que violou arbitrariamente esse direito poderá responder pelo tipo descrito no artigo 325 do Código Penal:

Art. 325 - Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 1º Nas mesmas penas deste artigo incorre quem:

I - permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública;

II - se utiliza, indevidamente, do acesso restrito.

§ 2º Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

E pode também o agente responder pelos eventuais danos causados ao sujeito passivo da violação indevida, isso por força da previsão no artigo 5º, X, da Constituição Federal e no artigo 927 do Código Civil:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187) ⁴¹, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Essas considerações servem para qualquer ramo do direito; na esfera cível, a violação pode gerar necessidade de reparação dos danos ou multa; na esfera penal, a violação faz o sujeito incorrer em ilícito tendo que, no mais das vezes, responder com sua própria liberdade.

Assim sendo, é possível classificar o sigilo como gênero que se divide em diversas espécies, dentre elas o sigilo fiscal e financeiro, que apesar de surgirem do mesmo círculo concêntrico, faz-se fundamental a distinção dos institutos, ainda mais pela diferença entre os sujeitos ativos, que, apesar de grande discussão doutrinária, é um ponto praticamente pacífico, atualmente sendo considerado legítimo para efetuar a quebra somente o Poder Judiciário, mas, em casos específicos previstos legalmente, outros órgãos podem realizar a quebra.

Os legisladores, nacionais ou internacionais, desde sempre se preocupam em dar ao instituto sigilo uma natureza de direito e garantia fundamental ao indivíduo, sendo considerado um tema de “direito humano”. Desta feita, o instituto sigilo é cercado de normas constitucionais reguladoras que devem obrigatoriamente ser respeitadas e, havendo violação, os sujeitos ou entidades responsáveis pela violação serão responsabilizados, nas esferas penais, cíveis e administrativas. Isso porque qualquer direito rotulado de “fundamental” só poderá ser violado em “*ultima ratio*” (*casos extremos, excepcionalmente*), devendo ainda o sujeito ativo, ao realizar a quebra, observar o binômio: obrigação e justa causa.

Conclui-se que é extremamente necessária a regulamentação do instituto no ordenamento jurídico, como forma de manter intacto um aspecto da vida

⁴¹ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

do indivíduo, inviolável arbitrariamente. Lembrando que o sigilo é um direito fundamental passível de violação, pois existindo conflito entre a vida privada e o interesse público, havendo justo motivo, deve prevalecer o interesse público que necessite de tal violação.

Nesse diapasão, devidamente esclarecidos quanto ao instituto sigilo, resta pois compararmos com o controverso requisito imposto pelo inciso VI do artigo 51 da Lei 11.101/05.

5 SIGILO E O INCISO VI DO ARTIGO 51 DA LEI Nº 11.101/2005

Como visto, quando tratamos de uma violação a um direito ou garantia fundamental, estamos diante de uma “perturbação” na ordem jurídica natural, e desse modo, a violação só deverá ser realizada quando extremamente necessário; assim, em análise do inciso VI do artigo 51, vemos que o legislador não se atentou à violação causada à vida privada do indivíduo ali previsto, preferindo “inovar” a preservar na seara do direito fundamental ali violado (o sigilo). Gladston Mamede, doutrinador que mais critica a aplicação e a própria existência do dispositivo legal, deixa claro que, na criação de uma norma, o legislador deve observar o pleno desdobramento do texto na esfera do direito, para evitar violações arbitrárias e o próprio enfraquecimento do direito:

Em fato, o legislador, no exercício fundamentado do poder que lhe foi outorgado pela sociedade democrática, precisa reconhecer, antes de tudo, que toda excepcionalidade (principalmente injustificada), enfraquece o Direito. Porém, quando justificada, a excepcionalidade pode ser aceita pela sociedade, compreendida pelos sujeitos de direitos e deveres e compreendida como uma necessidade do sistema, apta a garantir-lhe efetividade (2008, pág. 200).

Nesse diapasão, vemos que a Lei 11.101/2005 foi criada para inovar o ordenamento brasileiro no que tange ao direito falimentar/recuperacional, mas, em uma tentativa inovadora de tornar mais eficaz o instituto “recém-nascido” da recuperação judicial, o legislador acabou por invadir outra seara do direito, talvez inconscientemente ou pensando que, como dito por Mamede, seria uma violação “aceitável” pela sociedade; ainda nas palavras de Gladston Mamede:

O pedido de recuperação judicial, se atendido o artigo 51, VI, da Lei 11.101/05, teria por efeito direto a permissão de uma devassa na vida, no patrimônio e nos dados sigilosos do sócio controlador e dos administradores societários, extinguindo seu direito à intimidade e, no contexto histórico e social da alta criminalidade em que vivemos, retiraria-lhes a segurança, atraindo a ambição dos que fazem da prática de tipos penais a sua atividade econômica (2008, pág. 201).

A consideração acima nos remete à própria necessidade e existência do instituto do sigilo; quando Mamede pondera sobre a questão do sigilo como instrumento de segurança contra terceiro, vemos claramente que seu pensamento converge ao defendido por Nelson Abrão em sua obra, como já estudamos quando tratamos do instituto do sigilo.

Em contraponto, existem os que defendem a necessidade da informação (Manoel Justino Bezerra Filho) como forma de futuro auxílio na apuração de crimes falimentares. Se levarmos esse pensamento em conta (fora a violação do sigilo), estaríamos partindo do pressuposto de que o princípio da primazia do estado de inocência, garantido constitucionalmente, teria aqui sua exceção, ainda podendo caracterizar uma injusta produção de prova antecipada, distorcendo completamente as normas jurídicas penais vigentes.

Ao partirmos para a consideração de Fábio Ulhoa Coelho, que opta por um pensamento mais ponderado, colocaríamos em prova a aplicabilidade da norma; pois dada uma opção ao devedor de indicar seus bens, pela experiência comum, seriam raras as ocasiões em que veríamos nas petições essas informações, tornando assim vigente, mesmo que de forma indireta, um texto normativo inútil. Vivemos atualmente caso semelhante de norma que existe sem aplicabilidade, a questão da lei seca, que criada no intento de proteção e buscando eficácia extrema, não colocou reparo na violação a direitos constitucionais como a questão da desobrigação da produção de prova pelo “delinquente”.

Nos tribunais, o desembargador do Tribunal de Justiça de Goiás, Gilberto Marques Filho é um dos defensores da desnecessidade da apresentação das informações requeridas pelo inciso VI, destacando-se seu seguinte julgado:

Art. 51, inc. VI da Lei n. 11.101/2005, Interpretação. TJGO: “Veja-se, porém, a lição de Rachel Sztain ao comentar o inciso VI, do artigo 51, da Lei de Recuperação Judicial: “Uma exigência que parece descabida tem que ver com a apresentação da relação de bens particulares de sócios e administradores (inc. VI), em virtude da separação patrimonial entre sócios e sociedade de que são membros. Possivelmente a regra do art. 50 do Código Civil, que autoriza, em certas situações, a reconsideração da personalidade jurídica das sociedades personificadas, explique a redação que seria admissível nas hipóteses de sociedade em que haja sócios de responsabilidade solidária, mesmo que subsidiária...Entretanto, caso a sociedade tenha adotado a forma limitada ou a anônima, tipos nos quais, uma vez integralizado o capital social ou as ações subscritas, respectivamente, desaparece qualquer responsabilidade dos sócios pelas

dívidas da sociedade, afastar a personalidade jurídica da sociedade, como que presumindo alguma conduta que ensejasse a desconsideração, é prematuro e exagerado cuidado do legislador.

Ausência da relação dos bens dos sócios controladores. Exigência do inc. VI do artigo 51 da Lei n. 11.101/2005. Sociedade anônima. Prescindibilidade. TJGO: “Uma vez integralizadas as ações subscritas, desaparece qualquer responsabilidade dos sócios pelas dívidas da sociedade. Sendo assim, desarrazoado exigir a apresentação das relações dos bens dos sócios controladores, vez que tal exigência impede o prosseguimento da recuperação judicial, impossibilitando a viabilização do seu fim. O escopo maior do instituto em estudo é justamente o de atender ao mandamento constitucional da função social da empresa. Apelo conhecido e provido, por maioria de votos” (Ap. Cív. n. 99.174-4/188 (200601696195) rel. Des. Gilberto Marques Filho, j. 12.12.2006) (IMHOF, 2009, pág. 182/186)

Da jurisprudência extraímos alguns elementos importantes na argumentação da inaplicabilidade do inciso VI: a) o excesso de cuidado buscado pelo legislador causou um sufocamento em outros direitos garantidos constitucionalmente; b) desvio de finalidade na própria recuperação judicial, uma vez que tal requisito onera excessivamente o pedido, travando as engrenagens do instituto logo em seu início (na petição inicial); c) a existência de um mecanismo que teria praticamente a mesma eficácia do requisito do inciso VI, sem contudo, violar direitos, principalmente o sigilo, injustificadamente (a desconsideração da personalidade jurídica).

In fine, antes da conclusão da pesquisa, necessário um tópico para estudo do instituto da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*), que se mostra o instrumento correto a ser utilizado no lugar do “inovador” inciso VI do artigo 51.

5.1 Inciso VI e a Desconsideração da Personalidade Jurídica

Por vezes, o requisito do artigo 51, inciso VI da Lei 11.101/05 é comumente confundido com o instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Mesmo diversos doutrinadores, defendendo que o requisito não passa de uma informação, como é o caso de Fábio Ulhoa Coelho, e que só se restringe a isso, existem outros doutrinadores, como Manoel Justino Bezerra Filho, defendendo

que a indicação dos bens particulares dos sócios controladores “é um dado de extrema relevância para o exame dos autos e até para eventual aplicação eficiente, se for o caso, da teoria da desconsideração da personalidade jurídica” (2009, pág. 139). Com essa divergência de opiniões, a diferenciação do instituto se torna nebulosa para alguns, sendo assim pertinente o estudo do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

A desconsideração da personalidade jurídica tem seu amparo legal difundido em diversos textos legais, por exemplo, no código ambiental, CLT, CTN, assim como no artigo 28 no Código de Defesa do Consumidor:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 1º (Vetado).

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

E também no artigo 50 do novo Código Civil, que assim dispõe:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Com origem no direito inglês, o instituto pode ser conhecido também pelo nome de *disregard doctrine* (doutrina da penetração ou desconsideração, em tradução grosseira), e consiste basicamente em um poder dado pelo legislador ao

magistrado que possibilita o “atravessamento” da blindagem da personalidade jurídica, alcançando-se assim os bens das pessoas físicas que usam a personalidade jurídica para fins não louváveis. Neste sentido, Rubens Requião:

Essa doutrina, em síntese, não visa anular a personalidade jurídica, mas somente objetiva desconsiderar no caso concreto, dentro de seus limites a pessoa jurídica, em relação às pessoas ou bens que atrás dela se escondem (1989, pág. 69).

Ainda, nas lições de Eduardo Viana Pinto:

Inegavelmente, a *disregard doctrine* se constitui em um salutar e louvável ferramental direcionado para evitar a fraude ou abuso de direito, quando a personalidade jurídica do ente societário é usada, pelos sócios, para violar a lei, o contrato ou estatuto, consubstanciando o cometimento de atos ilícitos abusivos (2003, pág. 17).

Destarte, o instituto se tornou uma imprescindível ferramenta legal para auxílio no combate de abusos e fraudes no uso da personalidade jurídica da sociedade (inclusive com o desvio dos patrimônios da empresa aos sócios, de onde surge a idéia do inciso VI do art. 51), sendo visível essa característica em seara jurisprudencial:

TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA-
MANOBRA MALICIOSA DOS SÓCIOS - "Admite-se a desconsideração da personalidade jurídica quando os sócios tenham se valido da sociedade para se isentarem da responsabilidade pelo pagamento das obrigações, decorrentes dos negócios, que os beneficiaram direta e pessoalmente." (2.ºTACIVIL - 2.ªT.; Ap.c/Rev. n.º 436.097-0/00-São Paulo; Rel.Juiz Laerte Sampaio; j.27.06.95) AASP, Ementário,2031/83-e.

TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA -
"...A Doutrina do superamento da personalidade jurídica tem por escopo impedir a consumação de abusos e fraudes." (2.ºTACIVIL - 8.ª Câmara; Ag.de Instr. n.º 505.963-0/0- Mogi-Guaçu; Rel.Renzo Leonardi; j.18.09.1997) AASP, Ementário, 2037/93-e.

Sendo assim, fazendo uma analogia ao instituto do sigilo, a desconsideração da personalidade jurídica exige, para legitimar a sua aplicação, a

concretização de uma determinada situação fática que, se inexistente, pode ocasionar uma verdadeira banalização do instituto. Nas palavras de Eduardo Viana Pinto:

A desconsideração da personalidade jurídica não pode ser levada ao exagero, acabando por destruir o instituto da pessoa jurídica, anulando-se este ente coletivo de extraordinária contribuição ao mundo dos negócios e assim produzindo um resultado injusto e inaceitável. Apenas no caso em que há fraude (2003, pág. 23).

Ou seja, assim como os demais direitos fundamentais, a doutrina da desconsideração só deverá ser aplicada também em *ultima ratio*⁴².

Da análise dos conceitos e definições doutrinárias e jurisprudenciais vemos que existem situações específicas para que seja justificável a aplicação da desconsideração. São elas:

Abuso do direito de personalidade: nas palavras de Eduardo Pinto “haverá abuso de direito sempre que a pessoa jurídica representar obstáculo para que a parte mais fraca na relação de consumo possa exercer de forma plena os seus direitos” (2003, pág. 26).

Excesso de poder: esse requisito é relacionado aos sujeitos que exercem a atividade administrativa ou de gerência, tornando-se responsáveis pelos seus atos e pelo alcance de seu poder de gerência. Ou seja, responde o administrador pelo desdobramento de seu poder de gerência, cabendo, caso comprovado abuso ou desvio de interesse, a *disregard doctrine*.

Ato ilícito: definido no artigo 186 do Código Civil o ato ilícito é praticado quando por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, o sujeito viola direito e causa dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, vide artigo 187: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

⁴² Relembrando que já tratamos da necessidade em “ultima instância” para quebrar o sigilo das informações.

Falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, provocados por má administração: elencada na parte final do artigo 28 do CDC.

Portanto, existindo qualquer uma das hipóteses acima mencionadas, a *disregard doctrine* pode ser aplicada, sendo ainda necessária a existência de prejuízo por parte do credor e a existência de nexo causal, como ensina Eduardo Pinto: “... para admissão do pedido de desconsideração, exige para o seu deferimento comprove o credor o *pressuposto* dessa relação, o *prejuízo*, bem como o *nexo causal* entre ambos os efeitos” (2003, pág. 84).

Finalmente, analisando em conjunto com inciso VI, do art 51 da LF, vemos que a indicação dos bens não figurará, a princípio, como um ato de desconsideração da personalidade jurídica, mas, eventualmente, pode ser um facilitador para a aplicação do instituto, o que pode gerar certo desconforto aos sócios que se sentem compelidos a indicar os bens particulares que lhes pertencem. Esse requisito torna-se desnecessário e preconceituoso, tratando o devedor como suspeito desde o princípio; é bem mais recomendado que, havendo indícios de fraudes ou desvio de bens pelo devedor, seja aplicado o instituto da desconsideração; dessa maneira, estar-se-ia preservando o direito fundamental ao sigilo, que só seria quebrado quando houvesse indícios concretos de fraudes.

Portanto, essa situação, no mínimo, delicada, chega a soar como coação aos devedores e desconfiança por parte dos órgãos judiciais; parece um olhar discriminado, dá-nos a impressão de que nada mudou desde a época arcaica, onde o insolvente era mal visto e tratado como indigno.

CONCLUSÃO

Ao final de nosso estudo, concluímos que o inciso VI do artigo 51 da Lei nº 11.101/2005 foi criado pelo legislador no intento de “potencializar” a eficácia do instituto da recuperação, colocando visível desde o início do processo de recuperação, na petição inicial, as informações dos bens particulares dos sócios controladores e administradores, que, em caso de eventual investigação de crimes falimentares, estariam de pronto disponíveis, o que configura gritante violação ao instituto do sigilo das informações.

Em nosso ordenamento, não são raras as vezes em que o legislador tem que fazer uma escolha política entre a segurança jurídica e o ideal de justiça, ou seja, é obrigado a optar entre regra e princípio; entretanto quando não bem sopesada a escolha, pode ela violar outros institutos vigentes no ordenamento, o que é o caso apresentado no trabalho. Essa ânsia por qual passa o legislador não afeta unicamente o ramo empresarial do direito, como também todos os demais, mas aqui, especificamente, a gravidade da violação dá-se porque o instituto lesionado, o sigilo, tem natureza de direito fundamental, o que torna sua violação arbitrária inadmissível.

Como visto, o sigilo é um direito fundamental que somente poderá sofrer limitações em casos excepcionais, em “ultima ratio”, em contrapartida, se caracteriza por ser um direito disponível pelo seu detentor. É pautada nessa disponibilidade que se baseia a solução apresentada por Fábio Ulhoa Coelho, que defende que a informação somente será prestada se o sócio controlador assim desejar, sendo um ato de transparência e confiança entre credor e devedor, ainda defendendo que a informação não passa (desculpe o pleonasma) de mera informação. Por mais primorosa que seja a solução, não podemos desconsiderar que quando o assunto é sigilo das informações, não é importante a finalidade a qual será dada as informações (o que caracteriza um mero exaurimento da violação), pois simplesmente a prestação das informações caracteriza a violação. No mais, por experiência comum, se tornarmos o requisito opcional, seriam raras as vezes que

veríamos tais informações na petição inicial, criando uma norma quase sem aplicabilidade prática; louvando em nosso ordenamento um texto inútil.

Observamos também que, no geral, a Lei nº 11.101/2005 em muitos aspectos inovou em nosso ordenamento, instituindo mecanismos mais eficientes na falência e substituindo a ultrapassada concordata pela recuperação de empresas. Por tratar-se de uma legislação relativamente nova, é comum que alguns dispositivos da Lei nº 11.101/2005 causem certa indignação, portanto, é extremamente necessária a “indagação sobre a indignação”, visando o aprimoramento do texto normativo. Nesse viés, a desnecessidade da aplicação do inciso VI do artigo 51, não configura um retrocesso no ordenamento, mas sim uma necessidade para que não sejam violados outros institutos.

Estudamos também que já existiam mecanismos eficientes em nosso ordenamento capazes de assegurar e auxiliar no processo de recuperação judicial em eventual apuração de crimes falimentares, como a desconsideração da personalidade jurídica. A aplicação da desconsideração se mostrou a solução mais palpável ao problema, pois não viola o instituto do sigilo, não exige informações prévias e possibilita a confusão patrimonial somente quando extremamente necessária.

Por fim, o requisito do inciso VI do artigo 51 é seguramente um mecanismo coercitivo e intimidador, funciona mais como uma barreira na recuperação da empresa, ao tratar os sócios controladores e o administrador com desconfiança, dá-nos a impressão que retornamos a tempos remotos onde o insolvente era sempre tratado com desconfiança e julgado como indigno, desonesto, uma verdadeira “*persona non grata*”. Esse requisito vela, indiretamente, por uma super antecipação na produção de provas (caso futuramente seja apurado crime falimentar), quebrando completamente com o princípio constitucional da não incriminação ou ainda com a presunção do estado de inocência. Mesmo aqueles que defendem ser esse requisito uma mera informação, sem possibilidade de utilização futura, certo é que a violação na esfera sigilosa do indivíduo já ocorreu, não sendo essa uma justificativa para a “quebra” injustificada.

Concluimos, portanto, que no caso estudado estamos diante de um conflito entre segurança jurídica e justiça, entre regra e princípio, e sendo assim, o mais seguro a fazer é resguardar o princípio que tem a norma mais sensível e que

irá se ferir mais facilmente, no caso, o sigilo; mesmo porque um princípio sempre terá uma regra subjacente e, no mais das vezes, essa regra é caracterizada por sua eficácia de “trincheira”, só podendo ser violada em casos excepcionais. Destarte, do conflito entre “indicar os bens particulares” dos sócios controladores e administrador e resguardar seu direito fundamental ao sigilo, deve o ultimo imperar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Nelson. **O Sigilo Bancário e Direito Falimentar**, São Paulo: RT, 1986.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Recuperação de Empresas**, 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários a Constituição do Brasil**, 2º vol. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BELLOQUE, Juliana Garcia. **Sigilo Bancário: análise crítica da LC 105/2001**. São Paulo: RT, 2003.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Comentada**, 6ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. **Código civil**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 07 de dezembro de 1940.

_____. **Decreto-Lei nº 7.661**, de 21 de junho de 1945.

_____. **Lei Complementar Nº 105**, de 10 de janeiro De 2001.

_____. **Lei nº 5.172**, de 25 de outubro De 1966.

_____. **Lei nº 11.101**, de 09 de fevereiro de 2005.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresas: O Novo Regime da Insolvência Empresarial**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falência e de Recuperação de Empresas**, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

COVELLO, Sergio Carlos. **O Sigilo Bancário: com particular enfoque na sua tutela civil**, 2ª ed., São Paulo: Editora Universitária de Direito, 2001

DOMINGOS, Carlos Eduardo Quadros Domingos. **As Fases da Recuperação Judicial: De acordo com a Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**, Curitiba: J.M. Livraria Jurídica, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio**, 4ª ed., Rio de Janeiro: editora Nova Fronteira, 2001.

GUMARÃES, M. A. Miranda. **Ação Fiscal: Limites à fiscalização tributária, impugnação ao lançamento**, 3 ed., Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2000.

GUIMARÃES, Leonardo. **Aspectos Práticos da Recuperação Judicial: Requisitos para o seu Processamento**, Belo Horizonte: Diálogo, 2006.

IMHOF, Cristiano. **Lei de Falências e de Recuperação de Empresas e Sua Interpretação Jurisprudencial**, 1ª ed., Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

JUNIOR, Waldo Fazzio. **Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas**, São Paulo: Atlas, 2005.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas**, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2008.

MARINS, James. **Direito Processual Tributário Brasileiro (Administrativo e Judicial)**. 3ª ed. São Paulo: Dialética, 2003.

NETO, José Cretella. **Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas** (Lei nº 11.101, de 09.02.2005), Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PINTO, Eduardo Viana. **Desconsideração da Personalidade Jurídica no Novo Código Civil**, Porto Alegre: Síntese, 2003.

REALE, Miguel e MARTINS, Ives Gandra. **Consulta da Ordem dos Advogados do Brasil**, Seção São Paulo, publicado no site Consultor Jurídico em 11 de dezembro de 2002. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2002-dez-11/reale_ives_gandra_sao_decreto_governo>. Acessado em 22/04/2012>.

ROQUE, Sebastião José. **Direito de Recuperação de Empresas**, São Paulo: Ícone, 2005.

ROCCO, Alfredo. **Princípios de Direito Comercial**, São Paulo: Lzn, 2003.

QUEZADO, Paulo e LIMA, Rogério. **Sigilo Bancário**, São Paulo: Dialética, 2002.

SANTOS, Marco Fridolin Sommer dos. **A AIDS sob a perspectiva da responsabilidade civil**, São Paulo: Saraiva, 1999.

TEIXEIRA, Eduardo Didonet. **A proteção da privacidade: aplicação na quebra do sigilo bancário e fiscal**, Porto Alegre: Edição Sergio Antônio Fabris, 2005.

TZIRULNIK, Luiz. **Direito Falimentar**, 6^a ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BIBLIOGRAFIA:

CARDOSO, Ricardo Sgrignolli. **A transferência da quebra do sigilo bancário para a autoridade administrativa preconizada pela lei complementar nº 105 de 10 de janeiro de 2001**, Presidente Prudente, Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2003.

CARVALHO, Marcia Haydée Porto de. **Sigilo Bancário**. Curitiba: Editora Juruá. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=6tcWj-7_iQC&pg=PA18&dq=sigilo+fiscal&hl=pt-BR&sa=X&ei=09RpT7nLNePr0gGlztypCQ&ved=0CD8Q6AEwAw#v=onepage&q&f=false>. Acessado em 12/04/2012.

ESCUTI, Ignacio A.. **Derecho Concursal**, Buenos Aires: Editorial Astrea, 2006.

GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. **Recuperação Judicial de Empresas**, Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GUSMÃO, Rejane Fernandes. **A quebra do sigilo bancário e fiscal pela administração tributária federal e o direito à privacidade e à intimidade do contribuinte**. Presidente Prudente, Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2004.

HUPPES, Karin Endler. **O sigilo bancário e fiscal no Direito brasileiro**, 2008. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4041/O-sigilo-bancario-e-fiscal-no-Direito-brasileiro>>. Acessado em 10/04/2012.

HÖFLING, Luiz Fernando. **O “Cram Down” da Lei de Falências e Recuperações Judiciais**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI141912,21048-O+cram+down+da+lei+de+falencias++recuperacoes+judiciais>>. Acessado em 14/08/2012.

ITÁLIA, Constituição. **La Costituzione Della Repubblica Italiana**, Roma: Assembleia Constituyente, 1947. Disponível em: <<http://www.comune.fi.it/costituzione/spagnolo.pdf>>. Acessado em 12/08/2012>.

_____, **Decreto Legislativo nº 270**, de 08 de julho de 1999. Disponível em: <<http://www.parlamento.it/parlam/leggi/deleghe/99270dl.htm>>. Acessado em 12/08/2012.

LEONARDO, Marcelo. **Crimes de Responsabilidade fiscal**, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001.

LOPES NERILO, Lucíola Fabrete. **Manual da Sociedade Limitada no Novo Código Civil**, Curitiba: Juruá, 2004.

MARQUES, Karla Padilha Rebelo. **Corrupção, Dinheiro Público e Sigilo Bancário: Desconstruindo Mitos**, Porto Alegre: Editora Núria Fabris, 2008.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Recuperação Judicial de Empresas: Guia Prático**, Brasília, 2011. Disponível em: <<http://recuperabrasil.org.br/>>.

MONTEIRO, Luiz de Sá. **Recuperação Judicial**: Riscos de um Caminho sem Volta, 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12931/recuperacao-judicial#ixzz21jk3H12h>>. Acessado em 24/08/2012.

PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**, 2ª ed., Editora Impetus, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito Empresarial**, São Paulo: Atlas, 2010.