

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**ADIANTAMENTO DE CONTRATO DE CÂMBIO NA FALÊNCIA E
RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

André Rodrigo Gimenez Cabrera

Presidente Prudente/SP
2013

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**ADIANTAMENTO DE CONTRATO DE CÂMBIO NA FALÊNCIA E
RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

André Rodrigo Gimenez Cabrera

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

Presidente Prudente/SP
2013

ADIANTAMENTO DE CONTRATO DE CÂMBIO NA FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Monografia/TC aprovado como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

EDSON FREITAS DE OLIVEIRA

GUILHERME PRADO BOHAC DE HARO

JOSÉ FRANCISCO GALINDO MEDINA

Presidente Prudente, 18 de novembro de 2013.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me dado saúde e sabedoria para a conclusão deste trabalho.

Agradeço ao meu pai José Aparecido Gardenal Cabrera, minha mãe Romana Gimenez Cabrera e meu irmão Lucas Gabriel Gimenez Cabrera pelo apoio durante todo o desenvolvimento do presente feito.

A minha namorada Thatiana Dal Fabbro Costa Lima pela paciência e compreensão em todos os momentos em que estive ausente concretizando mais esta etapa em minha vida.

Aos meus amigos, por tudo o que significam em minha vida.

Ao meu orientador Edson Freitas de Oliveira, por ter passado ao longo do trabalho, total incentivo e compreensão.

A todos que, de forma direta como indireta, contribuíram para a construção deste trabalho.

RESUMO

O presente estudo aborda as peculiaridades do crédito derivado de adiantamento de contrato de câmbio na falência e recuperação judicial de empresas. Nesse sentido, os métodos utilizados foram o indutivo e dedutivo. O adiantamento de contrato de câmbio - contrato de compra e venda de divisas, mas que o valor a ser pago pela instituição financeira é antecipado para que a empresa exportadora consiga produzir bens - possui importância fundamental na exportação do país, em razão da entrada de recursos estrangeiros, colaborando para o aumento do Produto Interno Bruto (PIB). A natureza jurídica dessa modalidade de contrato torna o artigo 86, II da Lei 11.101/05 inconstitucional, por atribuir privilégios injustificados às instituições financeiras em detrimento dos demais créditos de natureza jurídica semelhante. Na recuperação judicial, a exclusão do crédito derivado de ACC do plano recuperacional determinada no artigo 49, §4º inviabiliza totalmente o soerguimento da empresa quando tal crédito é de grande monta, contrariando, assim, os princípios basilares da própria recuperação judicial. Desse modo, diante desses casos, a regra do artigo mencionado deve ser mitigada para atender aos fins que a própria Lei 11.101/05 propõe.

Palavras-chave: Adiantamento de Contrato de Câmbio. Falência. Inconstitucionalidade. Recuperação Judicial. Regras e Princípios.

ABSTRACT

The present study aims to address the peculiarities of the credit derivative contract payment rates in bankruptcy and reorganization of companies. Accordingly, the methods used were inductive, deductive and comparative. Advances on foreign exchange contracts - the purchase and sale of foreign currency, but that the amount to be paid by the financial institution is anticipated that the exporting company can produce goods - is of fundamental importance in the country's export, due to the inflow of funds foreigners, contributing to the increase in Gross Domestic Product (GDP). The legal nature of this type of contract makes Article 86, II of Law 11.101/05 unconstitutional, unjustified privileges for assigning financial institutions at the expense of other similar legal claims. In bankruptcy, foreclosure credit derivative ACC recuperacional plan specified in Article 49, § 4 completely prevents the uplift of the company when such credit is a large one, contradicting thus the basic principles of their own bankruptcy. Thus, before these cases, the rule of the Article must be mitigated to meet the purposes that the Act itself proposes 11.101/05.

Keywords: Advances on Exchange Contracts.
Bankruptcy.Unconstitutional.Reorganization.Rules and Principles.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 OPERAÇÕES CAMBIAIS	11
2.1 Conceito	11
2.2 Aspectos Econômicos	14
2.3 Natureza Jurídica do Contrato de Câmbio	16
3 ADIANTAMENTO DE CONTRATO DE CÂMBIO	20
3.1 Conceito	20
3.2 Formalidades.....	21
3.3 Consequências da Inadimplência.....	24
3.4 Natureza Jurídica	26
4 INSTITUTO DA FALÊNCIA	29
4.1 Conceito	29
4.2 Sujeito Passivo.....	30
4.3 Sujeito Ativo.....	32
4.4 Fundamentos	35
4.5 Contratos do Falido	38
4.6 Classificação dos Credores Concurais.....	41
4.7 Credores Extraconcurais	47
4.8 Encerramento do Processo de Falência.....	51
5 PRINCÍPIO DA IGUALDADE	53
5.1 Fundamento Constitucional.....	53
5.2 Aplicação à Classificação dos Credores	55
6 RECUPERAÇÃO JUDICIAL	60
6.1 Conceito	60
6.2 Princípios.....	62
6.3 O Plano de Recuperação Judicial	64
6.4 Aprovação do Plano	69
6.5 Efeitos Sobre os Credores	73
6.6 Encerramento da Recuperação Judicial.....	79
6.7 Convolação em Falência	80
7 INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA DO ARTIGO 49, § 4º DA LEI 11.101/05	83
7.1 Distinção entre Princípio e Regra.....	83
7.2 Aplicação ao Artigo 49, § 4º da Lei 11.101/05	90

8 CONCLUSÃO	97
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	101
BIBLIOGRAFIA	106

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve por finalidade a análise dos artigos 86, II e 49, § 4º da Lei 11.101/05 à luz do ordenamento jurídico pátrio. Tal análise consiste na verificação da adequação do artigo 86 à Constituição Federal de 1988 e da harmonidade do artigo 49, § 4º com os princípios que regem a recuperação judicial.

O artigo 86, II, trata o crédito derivado de adiantamento de contrato de câmbio como extraconcursal, isto é, não está incluído na classificação geral dos créditos de uma empresa em processo de falência. Em relação ao artigo 49, § 4º, este determina a exclusão do crédito derivado de adiantamento de contrato de câmbio do plano recuperacional quando uma empresa está em processo de recuperação judicial.

Para atingir o fim proposto, foi necessário, inicialmente, estabelecer definições acerca das operações cambiais realizadas para a concretização do ACC, sua importância para a economia nacional, e a natureza jurídica dessa operação.

Após, foram feitas algumas considerações a respeito dos institutos da falência e recuperação judicial de empresas que influenciam direta ou indiretamente na conclusão a ser feita a respeito da constitucionalidade do artigo 86, II e da harmonidade do artigo 49, § 4º com os princípios da recuperação judicial.

Quanto a (in)constitucionalidade do dispositivo mencionado, pesquisou-se, primeiramente, qual a natureza jurídica do ACC, e, conseqüentemente, em qual momento o crédito pode ser considerado de propriedade da empresa. E, a partir daí, verificou-se se os demais créditos que possuem essa mesma natureza jurídica estão inseridos também na mesma classe de credores, considerando o princípio da igualdade, seu conceito e particularidades.

Quanto a (in)congruência da regra que exclui o ACC do plano recuperacional com os princípios que informam a recuperação judicial de uma empresa, constatou-se, antes de mais nada, qual a finalidade da recuperação, os princípios que a estruturam, como é o funcionamento do plano, e quais créditos estão inseridos nele e quais são excluídos – caso do ACC. Na seqüência, distinguiu-

se o que são princípios e o que são regras à luz da Teoria Geral do Direito e, a partir dessas premissas, foram estabelecidas as relações e possíveis contradições.

Em relação a este aspecto do trabalho, foi utilizado o método indutivo de pesquisa, pois foi analisado o caso concreto da recuperação judicial da empresa Siderúrgica Ibérica do Estado do Pará e, a partir dele, chegou-se a conclusões gerais a respeito da aplicação do artigo 49, § 4º às empresas em recuperação judicial e que possuem débitos vultuosos de ACC.

A importância da discussão acerca da constitucionalidade do artigo 86, II, está relacionada com o fato de que nenhuma regra ou disposição legal pode ser contrária aos comandos instituídos na principal fonte de garantias da pessoa humana, a Constituição Federal. E, se ferir o disposto na Carta Magna, deverá ser considerada inconstitucional, perdendo sua validade jurídica.

Desse modo, foi utilizado o método dedutivo de pesquisa, haja vista que há duas premissas estabelecidas, de modo a explicitar um conhecimento que até então estava implícito: a primeira é a vedação, pela Constituição Federal, de dispositivos que contrariem o princípio da igualdade, sendo eles considerados inconstitucionais; a segunda depende da análise a ser feita sobre o artigo 86, II, se contraria ou não o princípio da igualdade. A partir daí, foi possível concluir pela (in)constitucionalidade do dispositivo citado.

Ademais, poderá ocorrer que o privilégio (in)justificado do caráter extraconcursal desse crédito impossibilite que os créditos trabalhistas, sempre protegidos pelo legislador devido a sua natureza alimentar, sejam pagos.

No tocante ao artigo 49, § 4º, a importância do tema reside no fato de que a empresa em recuperação deve ser protegida, sendo facilitado seu soerguimento, de modo que todas as normas que compõem o microsistema da recuperação judicial devem estar em compasso com os princípios considerados como basilares para o objetivo ser atingido.

Nessa análise – de in(congruência) - não está inserido propriamente o crédito trabalhista, mas a conservação do pleno emprego, da função social que a empresa exerce no âmbito nacional, estadual ou regional, a preservação da empresa e os interesses dos credores

Para a concretização dos objetivos do trabalho, os estudos compreenderam pesquisas na doutrina, tais como: obras sobre economia, direito constitucional, direito civil e àquelas relacionadas com a Lei 11.101/05. Além disso, foram realizadas pesquisas na jurisprudência pátria, sendo analisados também votos de desembargadores e ministros.

2 OPERAÇÕES CAMBIAIS

As operações cambiais têm a seguinte finalidade, consoante Nelson Abrão (2011, p. 235):

suprir a necessidade de fazer-se coexistir o internacionalismo do comércio com o nacionalismo da moeda. Tanto necessita da moeda estrangeira o importador a fim de efetuar ao exportador o pagamento das mercadorias que adquire como o turista que vai a um país de moeda diferente.

Elas servem, portanto, para que os brasileiros adquiram moedas estrangeiras para a prática do turismo ou para que o importador consiga comprar produtos estrangeiros com a moeda do respectivo país.

2.1 Conceito

Câmbio, conforme conceituou José Lopes Vazquez (2009, p. 259), “é uma operação financeira que consiste em vender, trocar ou comprar valores em moedas de outros países ou papéis que representam moedas de outros países”. Em outras palavras, conclui: “é a troca de moeda de um país pela de outro”.

Na tentativa de melhor definir e estruturar o mercado cambial, Bruno Ratti (2006, p. 106) assim ensina:

[...] vamos ter, de um lado, o grupo vendedor, representado por todos aqueles elementos (exportadores, investidores, tomadores de empréstimos no exterior, vendedores de serviços, turistas e, às vezes, especuladores) que desejam vender divisas provenientes de exportações ou de outra operação qualquer; de outro lado, temos o grupo comprador no qual são incluídos todos aqueles elementos (importadores, investidores, devedores de empréstimos, compradores de serviços ou de títulos estrangeiros, turistas e especuladores também) que desejam adquirir divisas, a fim de liquidar seus compromissos no exterior provenientes de importações, pagamento de serviços, remessa de capitais, dividendos, pagamentos de viagens, etc.

Após diferenciar os dois pólos principais do mercado cambial, Bruno Ratti (2006, p. 107) estabelece que “como intermediários entre esses dois grupos, vamos encontrar os bancos, os quais centralizam as compras e vendas de dividas, sendo uma intervenção bancária obrigatória na maioria dos países”.

Estas operações existem por não ser permitido, no sistema brasileiro, compra e venda de moeda estrangeira fora de estabelecimento autorizado. Trata-se, portanto, de curso forçado da moeda, evidenciando uma das formas da soberania nacional, como observa Guilherme Silva Freitas (2006, s.p.).

O artigo 1º, *caput*, da Lei 10.192 é que trata deste tema:

Art. 1º As estipulações de pagamento de obrigações pecuniárias exeqüíveis no território nacional deverão ser feitas em Real, pelo seu valor nominal.

[...].

Assim, ainda que em um contrato de exportação ou importação de mercadoria seja estipulado o valor em moeda estrangeira, como o dólar, ao ser pago ou recebido o valor avençado, deve, obrigatoriamente, esta operação ser intermediada por uma instituição financeira autorizada pelo Banco Central do Brasil, através de um contrato de câmbio, de modo que esta recebe ou paga em reais, dependendo da operação a ser feita.

O principal motivo para adotar esse curso forçado da moeda e o monopólio estatal das operações de câmbio foi, segundo Sérgio Mychkis Goldstein (2005, p. 97), “as dificuldades recorrentes na balança de pagamentos do Brasil que acabava exigindo o racionamento de divisas estrangeiras”.

Porém, isso não significa que os recursos, em moeda estrangeira, advindos de operações de exportação, devem necessariamente entrar no Brasil. A partir da Lei 11.371/2006, que dispõe, entre outras regras, sobre operações de câmbio, os recursos referidos podem ser mantidos em instituição financeira no exterior, observados os limites fixados pelo Conselho Monetário Nacional, nos termos do artigo 1º da lei retrocitada. Em período anterior a esta lei, conforme salienta Walter Stuber (2007, p. 341), os recursos deveriam ser necessariamente

internados no país. Contudo, se a pessoa física ou jurídica assim proceder, o câmbio entre a moeda estrangeira e o real é obrigatório.

Atualmente, o exportador de mercadorias ou de serviços pode manter, no exterior, a integralidade dos recursos relativos ao recebimento de suas exportações, conforme o item 2 da seção 1, do capítulo 11, título 1 do RMCCI.

Para facilitar o entendimento dessas normas, foi determinado, pelo Banco Central, em 2005, o Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais – RMCCI, abrangendo as regulamentações sobre o mercado de câmbio, os capitais brasileiros no exterior e os capitais estrangeiros no Brasil. Desse modo, segundo Orivaldo Gonçalves (2006, p. 43) qualquer participante do mercado cambial, sejam bancos, exportadores, importadores ou aqueles que necessitam pagar ou receber valores em moedas estrangeiras nas operações financeiras ou comerciais externas deverão observar as normas contidas no RMCCI, que é constantemente atualizado.

O professor José Lopes Vazquez(2009, p. 277) menciona alguns dos aspectos positivos desta regulamentação:

[...] o Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais (RMCCI) veio dar liberdade para compra e venda de moeda estrangeira; o Banco Central deixa de especificar documentos. Com isso, há uma sensível redução dos custos e simplificação de rotinas e procedimentos; e novas regras para as exportações brasileiras, com o fim da obrigatoriedade da entrega de documentos de embarque ao banco e possibilidade de o exportador manter divisas no exterior por até 210 dias após o embarque das mercadorias.

Com efeito, houve uma profunda mudança na legislação cambial – necessária para o funcionamento adequado dos mecanismos de exportação.

2.2 Aspectos Econômicos

A exportação é definida como a venda de bens ou serviços de um país para o outro. Determinado Estado envia soja, *verbi gratia*, a outro e, em contrapartida, este paga aquele em moeda – comumente dólar ou euro.

Para Vazquez (2009, p. 181), o principal motivo, do ponto de vista da economia nacional, para exportar é “obter recursos para pagamento das importações necessárias a sua vida econômica”. E, além disso, capta tecnologia estrangeira até então desconhecida para, posteriormente, obter maior produtividade.

Além de o país garantir uma balança comercial favorável caso exporte mais do que importe – captando mais divisas do que perdendo – a operação de exportação é interessante também para as empresas, pois, como salienta Vazquez (2009, p. 182), evita a sazonalidade nas vendas internas, aumentando o leque de compradores; é uma forma de defesa a imprevisíveis alterações do mercado interno; dilui os riscos; além de, atendendo ao aspecto social das relações comerciais, abastecer quem não tem condições tecnológicas, financeiras ou naturais, de produzir determinado bem.

Assim, o governo nacional, com o intuito de captar a maior quantidade de divisas estrangeiras e estimular as empresas a exportarem, toma medidas políticas e econômicas necessárias para tanto – incentiva a exportação e facilita o crédito aos agricultores, industriais, etc -, pois, nas palavras de Rodrigo Hernan Gonzalez Ruiz (2009, p. 126), “com um maior volume de moeda estrangeira nos cofres do Banco Central, o país passa a depender menos de financiamentos e empréstimos externos que são outorgados por instituições como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial”.

Ademais, Ruiz (2009, p. 127) destaca que quanto maior a reserva de moedas estrangeiras, mais recursos o país terá para pagar parcelas da dívida externa ou comprar o que necessita no exterior, como, por exemplo, máquinas, matérias-primas.

Dentre as medidas tomadas pelo governo para fomentar a exportação está o sistema de crédito ou financiamento que, segundo Fernando Blumenschein e Fernanda Leite Lopez de Leon (2002, p. 177), “aparece como um setor vital para a política de promoção às exportações de qualquer país”, esclarecendo, ainda, que “tem-se hoje, pelo menos em tese, um quadro caracterizado pela oferta de um amplo leque de mecanismos de apoio financeiro às exportações com condições de suprir a demanda dos exportadores”.

Outro mecanismo utilizado é a tentativa de equilíbrio da taxa de câmbio – conceituada como “o preço de uma moeda de um determinado país pago ou recebido pela moeda de outra nação”, conforme Orivaldo Gonçalves (2006, p. 97).

Como ensina Rodrigo Hernan Gonzalez Ruiz (2009, p. 127):

[...] quando entra uma grande quantidade de dólares, o Banco Central prontamente compra o montante de moeda necessário para manter a oferta e a demanda de moeda equilibradas, evitando uma queda no preço de venda. Idêntica atitude é tomada quando se detecta escassez de dólares no mercado nacional; só que neste caso, o Banco Central, passa a vender das suas reservas, as quantidades de dólares que sejam necessários para equilibrar novamente a condição de oferta e demanda no mercado, evitando-se uma elevação no preço da moeda.

A influência disso na exportação é explanada na sequência, por Ruiz (2009, p. 127):

Quando existe falta de dólares, o preço da moeda sobe, pois quem as possui as vende mais caro, ganhando na operação de repasse. Porém, quando o mercado está saturado de dólares, o valor da moeda cai, levando as empresas a significativas perdas nas suas operações de repasse.[...]

Para maior compreensão do tema, Ruiz (2009, p. 127) dá o exemplo de uma relação de troca entre o real e dólar na ordem de 3 para 1. Assim, para comprar um dólar é necessário pagar três reais. Desta feita, os industriais, agricultores, pecuaristas optarão por exportar seus produtos ao invés de vendê-los no mercado interno, pois assim obterão maiores lucros, haja vista a mão-de-obra ficar mais barata.

De outro lado, se a relação dólar/real é 1 para 1, a empresa terá mais interesse em comprar o produto fora do Brasil que produzi-lo aqui, pois os custos diretos e indiretos da fabricação, além da mão-de-obra, ficarão mais caros.

O efeito disto é a redução de vagas de empregos, de modo que afeta o mercado de consumo, pois, segundo Ruiz (2009, p. 128), “as pessoas sem salários passam a comprar menos, comprometendo, com isso, as receitas da União e dos Estados em razão de receberem menos impostos provenientes da produção (IPI e ICMS)”.

Com efeito, o controle constante da taxa câmbio é de extrema importância para a economia nacional, na medida que ela não pode ser excessivamente alta ou baixa.

2.3. Natureza Jurídica do Contrato de Câmbio

O Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais – RMCCI – dispõe, em seu Título 1 e Capítulo 3, a respeito das regras a serem seguidas quando da pactuação de um contrato de câmbio.

Esta modalidade de contrato tem, por definição, ser um “instrumento especial firmado entre vendedor e comprador de moedas estrangeiras, no qual se mencionam as características completas das operações de câmbio e as condições sob as quais se realizam”, segundo José Lopes Vazquez (2009, p. 282).

Portanto, trata-se da concretização, em um instrumento, do câmbio mencionado anteriormente.

Nesse sentido, há duas modalidades de compra e venda de moedas estrangeiras: (I) o câmbio sacado e (II) o câmbio manual.

O primeiro é, de acordo com Aramy Dornelles da Luz (1999, p. 164), “o único que representa verdadeira operação de crédito em face do diferimento entre entrega e recebimento do dinheiro. Caracteriza-se pela transferência bancária,

através de cheques, ordens de pagamento, cartas de crédito e saques cambiários”. Ocorre esta modalidade quando há quantias vultuosas.

Quanto ao segundo, Nelson Abrão (2011, p. 237) explica que:

esse tipo de operação atende geralmente às necessidades das pessoas que se deslocam para o estrangeiro, as quais, em troca da moeda de seu país, recebem bilhetes de banco ou cheques de viagem em moeda alienígena. Trata-se como percebe, de operação de menor vulto, atendendo às necessidades de turismo ou de negócio.

Como ensina Aramy Dornelles da Luz (1999, p. 165) há uma certa divergência da doutrina, ainda que mínima, a respeito da natureza jurídica do contrato de câmbio quando firmado para vender moeda estrangeira por ocasião de exportação de mercadoria – primeira modalidade descrita:

Há quem afirme ser o contrato de câmbio uma promessa de compra e venda, baseado na forte presença da álea dos negócios internacionais. Afirmam que não podendo o exportador ter certeza a respeito do cumprimento do contrato pelo importador, o recebimento dos dólares torna-se problemático. Desta sorte, a venda do que não tem e nem sabe ao certo se terá não seria da conveniência do Direito. Aqui residiria a razão para a melhor adequabilidade da promessa ou compromisso de compra e venda. O compromisso estaria condicionado à conclusão do negócio e ao recebimento pelo menos das cambiais representativas do preço.

Porém, esta linha de raciocínio, que afirma ser o contrato de câmbio uma promessa de compra e venda, não é a preponderante. A doutrina e jurisprudência quase unânime, *v.g.*, José Lopes Vazquez(2009, p. 282) e Aramy Dornelles da Luz (1999, p. 165), entendem ser um contrato de compra e venda.

Este segundo justifica seu posicionamento no fato de que, ao considerar a compra e venda de moedas como um comércio e ser “lícita a compra de coisa incerta quanto à sua existência” (1999, p. 165), então é possível a compra de moeda que ainda não é certa sua existência.

Além disso, Silvio de Salvo Venosa (2008, p. 7) bem evidencia a possibilidade de o contrato de câmbio ter natureza de compra e venda e não apenas promessa:

A compra e venda caracteriza-se, portanto, entre nós, como contrato consensual, que se completa pelo mero consentimento, com efeitos exclusivamente obrigacionais, tornando-se perfeita e acabada mediante o simples acordo de vontades sobre a coisa e o preço, nos termos do art. 482.

E, Lasarte (2003, p. 202) *apud* Venosa (2008, p. 7) conclui que “a entrega da coisa e o pagamento do preço pertencem à fase posterior de execução do contrato, que se ultimara anteriormente”.

Assim, em relação às características do contrato de câmbio, pode-se classificá-lo como:

- I) Bilateral: Há existência de comprador e vendedor;
- II) Sinalagmático: Ambas as partes têm direitos e deveres concomitantes;
- III) Comutativo: No momento de sua conclusão ambas as partes sabem o conteúdo de sua prestação. “Admite-se a compra e venda aleatória quando uma das partes pode não conhecer de início o conteúdo de sua prestação, o que não suprime os fundamentos básicos do negócio”, segundo Silvio de Salvo Venosa (2008, p. 10);
- IV) Oneroso: Os contratantes obtêm vantagem econômica;
- V) Translativo: Assim é considerado por transferir a propriedade a outra parte. Desta feita, de acordo com Venosa (2008, p. 10):

na compra e venda busca-se o efeito real, o qual, contudo, não é seu elemento integrante em nosso sistema. Da compra e venda nasce uma série de obrigações, a principal delas é a transferência da propriedade.

- VI) Solene: Conforme Vazquez (2009, p. 282), “as normas cambiais exigem forma determinada e escrita”.

Postos estes conceitos e considerações acerca do sistema cambial brasileiro, descrição de seus pontos econômicos necessários para o

desenvolvimento do presente estudo e qualificação do contrato de câmbio, é possível, agora, analisar o adiantamento de contrato de câmbio.

3 ADIANTAMENTO DE CONTRATO DE CÂMBIO

O adiantamento de contrato de câmbio é uma derivação do contrato de câmbio, possuindo uma cláusula inserida em seu instrumento que obriga a instituição financeira a antecipar sua prestação.

3.1 Conceito

Gladston Mamede define adiantamento de contrato de câmbio – ACC - da seguinte forma (2012, p. 372):

trata-se de operação financeira de estímulo à atividade exportadora, por meio da qual as instituições financeiras que trabalham com câmbio antecipam, no todo ou em parte, os valores em reais que serão devidos ao exportador quando receberem a moeda estrangeira por suas operações mercantis. Pode ser compreendido como um pagamento antecipado pela compra da moeda estrangeira, bem como – para os que recusam a ideia de compra e venda de dinheiro – uma antecipação da parcela devida pela instituição financeira na troca de moedas.

Em outras palavras, Fernando Blumenschein e Fernanda Leite Lopez de Leon (2002, p. 187) conceitua:

O ACC e o ACE são mecanismos de financiamento às exportações apoiados por recursos privados. No caso do ACC, os bancos concedem aos exportadores os adiantamentos sobre os contratos de câmbio. Essa é uma modalidade de crédito pré-embarque que consiste na antecipação parcial ou total do montante em moeda nacional equivalente à quantia em moeda estrangeira comprada a termo dos exportadores.

Nota-se, assim, que não se encontram maiores divergências no tocante ao conceito do ACC, sendo, os doutrinadores, uníssonos.

Essa modalidade de operação, portanto, tem origem no contrato de câmbio realizado entre o exportador e a instituição financeira que se comprometeu a comprar as divisas estrangeiras.

A finalidade do adiantamento é propiciar ao exportador que ele tenha fluxo de caixa – o que é ganho e gasto pela empresa durante um período - suficiente para a produção dos bens que deseja exportar.

Neste sentido, o RMCCI, em seu título 1, capítulo 3, Seção 3, dispõe a respeito do ACC, trazendo, também, sua definição e formalidades a serem seguidas pelos exportadores e instituições financeiras.

3.2 Formalidades

Para a concretização do adiantamento de contrato de câmbio, há de se atentar a determinadas formalidades exigidas pela legislação.

A primeira delas está descrita no item 3, da seção 3, do capítulo 3, do título 1 da RMCCI, que determina:

No caso de exportação, o valor do adiantamento deve ser consignado no próprio contrato de câmbio, mediante averbação do seguinte teor: “Para os fins e efeitos do artigo 75 (e seus parágrafos) da Lei 4.728, de 14.07.1965, averba-se por conta deste contrato de câmbio o adiantamento de R\$_____”.

Nota-se que o artigo a que se refere a regra citada é da Lei 4.728/65, anterior à Lei 11.101/05, que regula, atualmente, a falência e a recuperação judicial das empresas.

Portanto, deve ser observada a exigência da averbação do adiantamento “para fins de liquidez e certeza, garantindo-se como título executivo extrajudicial” consoante ensinamento de Aramy Dorneles da Luz (1999, p. 171).

Até a circular 3.315 do Banco Central, que vigorou até 04/04/2006, outra formalidade exigida era que “caso a exportação seja em consignação, os

prazos são reduzidos para uma antecipação máxima de 180 dias antes do embarque, e o mesmo prazo se o câmbio for contratado na fase pós-embarque”, conforme Orivaldo Gonçalves (2006, p. 141).

Isso quer dizer que, caso não houvesse o adiantamento, poderia haver a contratação do câmbio com antecedência máxima de 360 dias antes do embarque, mas, se houvesse, o prazo diminuiria para 180 dias.

Contudo, atualmente, com a circular 3.650, não há distinção de prazo para embarque se houve ou não adiantamento – item 1, seção 2, capítulo 11, título 1 do RMCCI –, sendo 360 dias para ambos os casos.

Apesar de não ser mais uma exigência, é comum as instituições financeiras constarem no instrumento de contrato a entrega dos documentos do embarque da mercadoria. Tais documentos originais da exportação devem ser entregues ao banco em até 15 dias após o embarque, segundo o professor Steven Dabbah (1998, p. 138). Dentre eles, estão: “Fatura Comercial; Conhecimento de Embarque; Saques; Certificado de Origem; Registro de Exportação e outros documentos exigidos pela Carta de Crédito”, de acordo com Orivaldo Gonçalves (2006, p. 137)

O motivo da exigência dessa entrega é, conforme Steven Dabbah (1998, p. 138), uma forma de garantir o ingresso das divisas, uma vez que, de posse dos documentos originais, o importador poderia desembaraçar a mercadoria no destino e não efetuar o pagamento.

Caso não sejam entregues os documentos no prazo exigido, poderá haver a prorrogação do contrato, porém para os banqueiros poderá não haver conveniência, em virtude de ocasionar-lhes dificuldades técnicas às vezes, além de gerar-lhes aumento de custo, conforme ensina Aramy Dornelles da Luz (1999, p. 170).

Aumento de custo no seguinte sentido, segundo Aramy Dornelles da Luz (1999, p. 170), ainda:

as instituições financeiras que trabalham com a compra e venda de divisas são obrigadas a manter posição nivelada, isto é, ter cobertura cambial para cumprir com os compromissos assumidos interna e externamente, casando a compra com a venda e vice-versa. Prorrogando um contrato de câmbio,

elas poderão ficar a descoberto, caso, no dia previsto para a liquidação do contrato que deva prorrogar, sua posição não for compradora, ou seja, caso não tenha saldo credor junto a seu correspondente onde vá ocorrer a entrega da moeda estrangeira. Ficando a descoberto, além da diferença de taxa cambial terá de pagar ainda juros.

Por conta disso, Luz (1999, p. 170) conclui que, quando os bancos concordam com a prorrogação, os custos advindos dos juros mencionados são cobrados dos clientes sob o nome de “bonificação”.

Poderá, ainda, haver o cancelamento ou a baixa do contrato de câmbio quando, no primeiro caso, “o negócio de exportação tenha sido suspenso antes do embarque da mercadoria ou no caso de inadimplemento do importador, uma vez formalizado o protesto da letra ou intentada a cobrança judicial” (LUZ, 1999, p. 170). Já a baixa, segundo este mesmo autor (1999, p. 170), é:

mero registro contábil interno do Banco, de estorno do crédito em divisas – chamada na linguagem técnica bancária “saneamento da posição de câmbio” – exigível sempre que se torne patente o inadimplemento, quando, vencida a operação, não haja prorrogação nem seja viável pagamento ou cancelamento

Em relação à taxa de juros aplicada, José Lopes Vazquez (2009, p. 310) esclarece que “estão por volta da *Libor*, de Londres, ou a *Prime Rate*, de *New York*, com o *spread* de, aproximadamente, até 5% a.a. Assim, se a *Libor*, por exemplo, estiver em 6% a.a., o exportador poderia ter uma despesa financeira de até 11% a.a”.

Além das formalidades exigidas pelo RMCCI, deverão constar, nas cláusulas do contrato firmado entre a instituição financeira e o exportador, as peculiaridades de cada caso, como as garantias reais ou pessoais e consequências do inadimplemento da obrigação.

3.3 Consequências da Inadimplência

O inadimplemento é caracterizado quando ocorre o descumprimento de uma obrigação. Nas palavras de Pablo StolzeGagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 303):

se o descumprimento decorreu de desídia, negligência ou, mais gravemente, por dolo do devedor, estaremos diante de uma situação de *inadimplemento culposo no cumprimento da obrigação*, que determinará o consequente dever de indenizar a parte prejudicada - artigo 389 do Código Civil.

Caso não haja perdas além do valor já adiantado em razão de um contrato de câmbio, “o descumprimento da obrigação de transmitir o domínio mediante a tradição ou o registro caracteriza o inadimplemento, possibilitando a resolução do contrato do qual é oriunda, com o retorno das partes ao *statu quo ante*”, conforme ensinamento de Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 228).

Por outro lado, poderá ocorrer tal descumprimento de fato não imputável ao devedor, sendo enquadrado como caso fortuito ou força maior, de forma que não haja dever de indenizar para nenhuma das partes (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2011, p. 303).

Apesar de não haver unanimidade na doutrina, “a característica básica da força maior é a sua inevitabilidade, mesmo sendo a sua causa conhecida (um terremoto ou uma erupção vulcânica, por exemplo)”(GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2011, p. 308). E, por caso fortuito – segundo estes mesmos autores (2011, p. 309) - “tem a sua nota distintiva na sua *imprevisibilidade*, segundo os parâmetros do homem médio”, *v.g.*, sequestro.

De forma pragmática, não há distinção entre uma ou outra hipótese de descumprimento por fato não imputável ao devedor – força maior ou caso fortuito – haja vista que ambas terão o mesmo efeito, qual seja a extinção da obrigação sem consequência para as partes, via de regra, nos termos do artigo 393 do Código Civil.

Assim, o contrato de câmbio ou adiantamento dele, como um negócio jurídico, pactuado por um instrumento, está sujeito a estas implicações impostas pela legislação civil em vigor.

Aplicando essa definição aos contratos de câmbio, é possível estabelecer, segundo Aramy Dornelles da Luz (1999, p. 172), que:

A obrigação principal do vendedor de divisas é entregar no seu devido tempo a documentação relativa a faturamento e embarque, juntamente com as cambiais respectivas giradas contra o importador, ou só as últimas quando as primeiras tiverem sido remetidas diretamente ao comprador, uma vez prevista contratualmente esta hipótese. Isto porque a obrigação de entregar a moeda ou responder pela não entrega só será sua se o obrigado principal, o importador, inadimplir. É uma *delegatiosolvendi*.

De acordo com o Código Civil Brasileiro, em seu artigo 389, caso haja inadimplemento de uma obrigação, por qualquer das partes, aquele que deu causa a ela responde pelas perdas e danos que causar a outra, ao passo que, caso haja o descumprimento em razão de força maior ou caso fortuito, o devedor não responderá pelos prejuízos que causar – artigo 393 do mesmo *codex*.

Havendo a prorrogação explanada no tópico anterior, “o Banco transferirá ao exportador seus custos com a manutenção de descoberto junto a correspondente no exterior, cobrando-lhe bonificação e elevando em 0,5% a.m. a taxa de deságio (juros), a título de multa contratual” (LUZ, 1999, p. 172). Consoante este mesmo autor (1999, p. 172), a bonificação incide “sobre o valor dos documentos não entregues – a hipótese cogitada é de remessa parcelada da mercadoria – até a efetiva entrega dos mesmos ou das cambiais, e, em não havendo, até a entrega da moeda estrangeira ou seu equivalente”.

Contudo, caso o prazo para a entrega dos documentos transcorra sem que haja o cumprimento dessa obrigação, ocorrerá o vencimento antecipado das obrigações contratadas, tornando-se exigível o pagamento acrescido de deságio, independentemente de aviso ou notificação judicial ou extrajudicial, de modo que se procederá o cancelamento do contrato, na hipótese de ter havido adiantamento (LUZ, 1999, p. 168).

3.4 Natureza Jurídica

Como exposto, os bancos autorizados a operarem com câmbio podem realizar o adiantamento sobre contrato de câmbio. Esta operação, contudo, não desvirtua a natureza jurídica do contrato de câmbio, pois naquele há apenas o pagamento antecipado do preço avençado para a compra da moeda estrangeira, tratada como a mercadoria dos bancos.

Segundo Aramy Dorneles da Luz (1999, p. 171), “o adiantamento sobre o contrato de câmbio de exportação configura-se juridicamente como uma antecipação parcial do preço”.

O artigo 483 do Código Civil dispõe que “a compra e venda pode ter por objeto coisa atual ou futura”. Isto quer dizer que será suficiente para a configuração do contrato de compra e venda, segundo Maria Helena Diniz (2011, p. 199):

a existência potencial da coisa no momento de sua celebração, mas na data avençada para a sua entrega precisará integrar o patrimônio do vendedor, para que ele possa dela dispor, transferindo sua propriedade pela tradição (se móvel) ou pelo registro (se imóvel) ao adquirente.

Desse modo, o contrato poderá ser aleatório ou não, dependendo da vontade das partes. Há que se atentar à intenção das partes quando da celebração do negócio jurídico.

No caso de vendas sob encomenda e a possibilidade de haver pagamento sem entrega do bem, Silvio de Salvo Venosa (2008, p. 13) esclarece:

modalidade típica de compra e venda de coisa futura não aleatória, é usual o pagamento antecipado parcial ou total. O art. 218 do Código Comercial estabeleceu que o dinheiro adiantado antes da entrega da coisa vendida entende-se por conta do preço, não estabelecendo condição suspensiva nem direito de arrependimento de qualquer das partes, salvo estipulação em contrário. Esse princípio lógico que se traduz no que ordinariamente acontece deve prevalecer.

Neste mesmo sentido e, ainda demonstrando o entendimento doutrinário sobre o assunto, Fernando Geraldo Mendes Cavalcanti (1989, p. 70) estabelece:

A pedido do exportador e no seu interesse, antecipa o Banco o cumprimento de sua obrigação de pagar o preço, antecipação da fase de execução da compra e venda, inerente aos contratos bilaterais (...). Esta antecipação é o que se chama de adiantamento de contrato de câmbio, não se tratando de um novo contrato, porque só existe um ajuste: o de compra e venda de divisas.

Além deste, Manoel Justino Bezerra Filho (2009, p. 204) também entende dessa maneira:

Trata-se de simples contrato de compra e venda de divisas, para entrega futura, tudo isso porque ao exportador brasileiro não é permitido receber moeda estrangeira diretamente do importador estrangeiro, que deverá fazer a remessa por meio de um banco autorizado de seu país ao banco com quem o exportador brasileiro “fechou” o contrato de câmbio.

Diferente não é a jurisprudência, conforme voto da Desembargadora Relatora Luzia Nadja Guimarães Nascimento no julgamento do agravo de instrumento nº 2010.3.010543-6 no Tribunal de Justiça do Estado do Pará:

osACCs têm natureza jurídica derivada do contrato de câmbio, ou seja, modalidade de compra e venda mercantil em que uma das partes antecipou sua prestação, a outra porque o c. STJ já entendeu em sentido contrário a pretensão da agravante, a exemplo do julgamento do Resp 30.516/MG, de relatoria do Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, que assentiu nos seguintes termos: "a natureza jurídica de compra e venda do contrato de câmbio com adiantamento do preço impõe a sua conclusão com o consenso e a assinatura dos contratantes, a partir de quando se considera perfeito e acabado, sendo irrelevante a não-realização da exportação a ele vinculada"

No momento em que o exportador recebe o adiantamento, caracterizado como pagamento parcial ou total do preço, – dependendo, aqui, se é adiantado 100% ou menos – a propriedade é transferida, segundo Washington de Barros Monteiro (2012, p. 116):

o contrato de compra e venda, por si só, não opera a transposição do domínio; ele engendra, exclusivamente, obrigação de dar. O art. 481 é explícito: pelo contrato de compra e venda um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro. Para que se efetive a transferência da propriedade são necessárias a tradição (para os bens móveis) e o registro (para os imóveis). Antes desses fatos, o comprador só tem contra o vendedor um direito pessoal; a tradição e o registro é que dão origem ao direito real.

Assim, o exportador recebendo o pagamento antecipado da moeda estrangeira, deverá entregá-la na data pactuada no bojo do contrato de câmbio, de modo que a transferência do patrimônio somente se aperfeiçoa com a tradição. O pagamento é à vista, em razão do adiantamento, para entrega de mercadoria futura – no caso, a moeda estrangeira.

Caso assim não proceda, estará sujeito àquelas implicações mencionadas no tópico anterior sobre o inadimplemento dos contratos de câmbio.

Desta feita, o adiantamento sobre o contrato de câmbio, que é realizado antes do embarque da mercadoria, continua possuindo natureza jurídica tal como o contrato de câmbio simples: compra e venda.

4 INSTITUTO DA FALÊNCIA

Após estabelecer as peculiaridades do adiantamento de contrato de câmbio, importante destacar em quais aspectos ele se relaciona com o instituto da falência.

Atualmente, a falência de empresários ou sociedades empresárias, além da recuperação judicial dos mesmos, é regulada pela Lei nº 11.101/2005, após aperfeiçoamento do Decreto Lei nº 7.661/45, em razão de aquela ser mais eficaz aos objetivos propostos que este.

4.1 Conceito

O devedor empresário possui obrigações a serem cumpridas durante sua atividade comercial, tais como pagamento de fornecedores, colaboradores, impostos, e, a partir do momento em que não consegue honrar com todos estes compromissos nas datas avençadas, inicia-se uma crise econômico-financeira na empresa.

Assim, Marcelo M. Bertoldi e Márcia Carla Pereira Ribeiro (2009, p. 530) definem falência como:

a cessação da atividade em razão da imposição de uma sistemática normativa provocada pelo próprio empresário ou terceiro (credor), que, ao mesmo tempo em que permite a formação do concurso de credores, pode impedir o prosseguimento do exercício do objeto da empresa, caso o Judiciário opte por determinar que o estabelecimento seja lacrado. Expressões como quebra, ruína e bancarrota frequentemente são utilizadas para representar a falência e em muito ajudaram a estigmatizar o estado falimentar.

Dessa forma, todos os credores da empresa em estado de falência formarão um concurso de credores, em um único processo, para que recebam seus créditos do modo mais equânime possível, como se verá em tópico próprio.

Nesse sentido, Rubens Requião (1991, p. 235) conceitua:

A falência como um procedimento legal que enseja o constrangimento do devedor comerciante, de maneira sistemática e ordenada, que não podendo pagar todos os credores, submete seu patrimônio a liquidação, de molde a que uns credores não recebem seu crédito em detrimento do crédito dos demais. E esse procedimento se denomina falência.

Portanto, a falência do empresário ou sociedade empresária enseja um processo, com regulamento próprio da Lei nº 11.101/2005, que se desenvolve para a persecução de ativos do devedor insolvente ou insolvável e utilização destes para o pagamento dos credores.

4.2 Sujeito Passivo

A delimitação de quem está sujeito à falência é designada na própria Lei 11.101/05 em seu artigo 1º:

Art. 1º Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.

Contudo, tal legislação não definiu o que se entende por “empresário” e “sociedade empresária”, cabendo aos operadores do Direito utilizarem a definição dada pelo Código Civil de 2002, no artigo 966:

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

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso

de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Há, segundo o conceito adotado, dois elementos necessários para a configuração da situação de empresário, quais sejam: profissionalidade e atividade econômica organizada.

Nas palavras de Amador Paes de Almeida (2012, p. 69), “a profissionalidade se traduz no exercício de uma atividade permanente (e não ocasional)” e, segundo Alberto Asquini(s.d, s.p) *apud* Amador Paes de Almeida (2012, p. 69), a atividade econômica organizada compreende todo o complexo empresarial, ou seja, o elemento subjetivo (empresário), objetivo (estabelecimento), corporativo (os empregados) e o funcional (a atividade).

Nessa mesma linha de raciocínio, o parágrafo único do citado artigo 966 do Código Civil deixa expresso quem não é considerado empresário. Como consequência dessa regra, os profissionais liberais, advogados, médicos, engenheiros, economistas, contadores, entre outros, não estão sujeitos à falência nem se valer da recuperação judicial, conforme ensina Amador Paes de Almeida (2012, p. 68).

Além destes, a Lei 11.101/05 aumenta o rol de excluídos em seu artigo 2º:

Art. 2º Esta Lei não se aplica a:

I – empresa pública e sociedade de economia mista;

II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

Em relação a empresariedade, insta salientar que o registro na Junta Comercial não é elemento essencial para sua configuração, pois “caso o efetivo exercício da atividade seja constatado, este prevalecerá sobre a certidão da Junta, quando haverá condições para a decretação da falência” (BERTOLDI e RIBEIRO, 2009, p. 550). Segundo estes mesmos autores, significa que o empresário de fato - aquele que atua sem os atos constitutivos registrados no órgão competente - será

submetido à falência se se enquadrar nas hipóteses de insolvência previstas na lei, pois, pensando de outro modo, estar-se-ia premiando a irregularidade, já que a falência tem caráter de lei especial mais severa que a disciplina comum dos devedores civis, bastando que o empresário se mantivesse à margem do regime registral para não sofrer as regras falimentares.

Quanto ao devedor civil, quando caracterizada sua insolvência, este se submete às regras do concurso de credores, previstas no Código de Processo Civil, segundo André Luiz Santa Cruz Ramos (2013, p. 623).

Em suma, “a legitimidade passiva no processo falimentar cabe ao devedor empresário, pessoa física ou jurídica” (BERTOLDI e RIBEIRO, 2009, p. 548), ressalvadas aquelas hipóteses previstas no artigo 2º, I e II, da Lei 11.101/05.

4.3 Sujeito Ativo

Enquanto o sujeito passivo diz respeito a quem tem legitimidade para sofrer o processo de falência, o sujeito ativo refere-se a quem tem legitimidade para requerê-la. Sempre deve haver requerimento pelos legitimados para que seja decretada a falência, não havendo que se falar, portanto, em falência *ex officio* pelo juiz, sem provocação de interessados.

O artigo 97 da atual Lei Falimentar descreve quem são esses legitimados:

Art. 97. Podem requerer a falência do devedor:

I – o próprio devedor, na forma do disposto nos arts. 105 a 107 desta Lei;

II – o cônjuge sobrevivente, qualquer herdeiro do devedor ou o inventariante;

III – o cotista ou o acionista do devedor na forma da lei ou do ato constitutivo da sociedade;

IV – qualquer credor.

§1º O credor empresário apresentará certidão do Registro Público de Empresas que comprove a regularidade de suas atividades.

§ 2º O credor que não tiver domicílio no Brasil deverá prestar caução relativa às custas e ao pagamento da indenização de que trata o art. 101 desta Lei.

O inciso I do artigo 91 da Lei 11.101/05 trata da denominada autofalência. Isto é, o devedor, empresário ou sociedade empresária, não espera qualquer ação de seus credores; ele mesmo requer sua própria falência.

Assim, segundo Amador Paes de Almeida (2012, p. 81):

o pedido de autofalência independe de títulos vencidos e protestados – verificada a condição de insolvente e, em consequência, a total impossibilidade de preencher os requisitos fundamentais para a obtenção da recuperação judicial (sucédânea da concordata preventiva), pode o devedor antecipar-se aos credores requerendo, como já se observou, sua própria falência.

Contudo, para tanto, é necessário, além dos motivos pelos quais não existe possibilidade de prosseguimento da atividade empresarial, que a petição inicial seja acompanhada de uma série de documentos, descritos no artigo 105 da lei em comento:

Art. 105: (...)

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

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

II – relação nominal dos credores, indicando endereço, importância, natureza e classificação dos respectivos créditos;

III – relação dos bens e direitos que compõem o ativo, com a respectiva estimativa de valor e documentos comprobatórios de propriedade;

IV – prova da condição de empresário, contrato social ou estatuto em vigor ou, se não houver, a indicação de todos os sócios, seus endereços e a relação de seus bens pessoais;

V – os livros obrigatórios e documentos contábeis que lhe forem exigidos por lei;

VI – relação de seus administradores nos últimos 5 (cinco) anos, com os respectivos endereços, suas funções e participação societária.

De acordo com Almeida (2012, p. 81), tais demonstrações contábeis, por sua complexidade, “devem ser ultimadas por profissional legalmente habilitado, ou seja, por um contador”.

O inciso II do artigo 97 contempla a hipótese de a falência ser pedida, após a morte do empresário (pessoa natural com firma individual registrada na Junta Comercial), pelo cônjuge sobrevivente, qualquer herdeiro do devedor ou inventariante.

É possível esta modalidade – falência do espólio, e não do morto – porque, ao ser inventariado o patrimônio do *de cuius*, pode ocorrer que o ativo transferido aos herdeiros legitimados e/ou testamentários não seja suficiente para fazer frente às obrigações, sendo o pedido de falência a única solução, consoante ensinamento de Gladston Mamede (2012, p. 236).

O rol dos legitimados nesse inciso não se limitou apenas ao inventariante – responsável pelo procedimento de sucessão *causa mortis* – alcançando o cônjuge sobrevivente (meeiro, herdeiro) e qualquer herdeiro, em virtude da “gravidade da situação e da necessidade de proteção aos credores (no todo e, principalmente, àqueles que sejam titulares de créditos privilegiados)” (MAMEDE, 2012, p. 236).

Apesar da divergência doutrinária, Amador Paes de Almeida (2012, p. 82) entende que, com a nova Lei Falimentar, não há exigência de unanimidade dos herdeiros para requerer a falência, sendo possível com apenas um herdeiro, e os demais, caso não concordem, podem contestar a pretensão.

Quanto ao inciso III, o sócio cotista ou acionista não pode permanecer inerte enquanto assiste “atos de liquidação precipitada, negócios simulados ou fraudulentos, enfim, atos de falência, e que, nesse caso, está legitimado para o requerimento da falência”, segundo Ricardo Negrão (2003, s.p) *apud* Manoel Justino Bezerra Filho (2009, p. 227).

Sob uma análise pragmática, André Luiz Santa Cruz Ramos (2013, p. 627) esclarece que quando um dos sócios entende que a falência é a melhor alternativa e os demais sócios não concordam, o que ocorre “é a dissolução parcial da sociedade, com a retirada do sócio dissidente e a continuidade da empresa”.

Por fim, a hipótese mais comum: o pedido de falência feito pelo credor, nos termos do artigo 97, inciso IV da Lei 11.101/05.

Conforme preceitua o § 1º deste mesmo artigo, caso o credor que esteja pedindo a falência seja empresário, deverá apresentar certidão do Registro Público de Empresas que comprove a regularidade de suas atividades. Essa exigência é feita para “colocar em patamares diferentes o empresário irregular e o empresário regular, o que não configura qualquer ofensa ao princípio constitucional da igualdade”, segundo Marcelo M. Bertoldi e Márcia Carla Pereira Ribeiro (2009, p. 551).

É possível, ainda, nos termos do § 2º do artigo 97 da Lei 11.101/05, que o credor não domiciliado no Brasil requeira a falência, desde que preste caução relativa às custas e ao pagamento de indenização, caso seja condenado a responder por perdas decorrentes de pedido abusivo de falência.

Postas as considerações a respeito das legitimidades ativa e passiva, é necessário estabelecer as causas de pedir da falência, ou seja, por quais motivos o empresário ou a sociedade empresária poderá sofrer as consequências desse instituto.

4.4 Fundamentos

O artigo 94 da lei nº 11.101/05 reza os motivos que podem ensejar o pedido de falência de determinada empresa, sendo eles a impontualidade, a execução frustrada e os atos de falência.

A impontualidade, prevista no artigo 94, I da lei nº 11.101/05, se concretiza pela configuração dos seguintes elementos: não pagamento injustificado de dívida certa, líquida e exigível; superior a 40 salários mínimos; contida em título executivo. Sendo constatados estes três elementos, o credor está legitimado para pedir a decretação de falência. Caso contrário, com base nesta fundamentação, o pedido de falência não poderá ocorrer.

Conforme Waldo Fazzio Júnior (2012, p. 211), para o credor constatar os elementos da impontualidade, deve buscar um título executivo judicial ou extrajudicial, sendo que “a mora do devedor é comprovada pela certidão de protesto”, e o atendimento do valor mínimo de 40 salários mínimos “poderá ser alcançado somando-se dívidas diversas, ainda que de diferentes titularidades, porém reunidos em litisconsórcio ativo unitário e necessário, na forma do artigo 94, § 2º” (VIGIL NETO, 2008, p. 196).

Quanto a execução frustrada descrita no artigo 94, II da lei 11.101/05, possui os seguintes elementos que são essenciais para a decretação da falência: existência de uma execução judicial por quantia líquida proposta, a qual não foi paga, não houve depósito nem foram nomeados bens suficientes à penhora dentro do prazo legal; não há necessidade de valor mínimo, como reclama o inciso I. Conforme Fábio Ulhoa Coelho (2010, p. 301), quando comprovados os elementos, é prevista a insolvabilidade do executado, possibilitando, assim, a decretação de falência.

Em consonância, segundo Waldo Fazzio Júnior (2012, p. 222) e Luiz Inácio Vigil Neto (2008, p. 197), o devedor terá um prazo de 3 (três) dias para o pagamento da dívida certa depois de citado para execução. Em decorrência dos três dias, se o executado não pagar a dívida, não nomear bens à penhora, nem depositar quantia suficiente, o credor pode pedir que se encerre a execução singular e dê início ao pedido de falência do devedor. Segundo Fábio Ulhoa Coelho (2010, p. 301): “o exequente deve, então, solicitar uma certidão atestando a falta do pagamento, depósito ou nomeação de bens à penhora, para, em seguida, formular, perante o juiz competente, o pedido de falência instruído com aquele documento”.

Protesto ou cogitar um valor mínimo para o início do pagamento é dispensado quando se trata de execução frustrada, como descreve Waldo Fazzio Júnior (2012, p. 223):

A LRE também não reclama, nessa hipótese, a juntada de outros protestos de credores distintos para provar a cessação de pagamentos. Sequer cogita de especificar valor mínimo para o pedido liquidatório. Qualquer valor, portanto, é suficiente para gerar a presunção de insuficiência patrimonial, desde que derive de execução.

Por fim, os atos de falência que estão descritos no inciso III do artigo 94 da LF que “normatiza atos praticados na atividade negocial, cuja realização poderão levar o patrimônio à ruína” (VIGIL NETO, 2008, p. 198). Consoante Fábio Ulhoa Coelho (2010, p. 301), os atos de falência estão relacionados a empresários (individuais ou representantes legais de sociedades empresárias) que se encontram em insolvência econômica, isto é, “com ativo inferior ao passivo (patrimônio líquido negativo)”.

Os atos de falência são, conforme Luiz Inácio Vigil Neto (2008, p. 199) e Fábio Ulhoa Coelho (2010, p. 302): (I) liquidação precipitada dos ativos – o empresário liquida bens do ativo não circulante ou quando utiliza meios ruinosos ou fraudulentos para realizar pagamentos; (II) negócio simulado – fraudar seus credores ou retardar seus pagamentos por meio de negócio simulado ou alienação total ou parcial do ativo não circulante; (III) alienação irregular de estabelecimento – aquele empresário que vende seu estabelecimento ou o transfere para terceiros sem o consentimento dos credores para, assim, ficar com bens suficientes para pagamento do passivo; (IV) transferência simulada do principal estabelecimento – o empresário faz a transferência com o objetivo de fraudar a lei ou fiscalização ou para prejudicar os credores; (V) garantia real – dar ou reforçar garantia a credor por dívida contraída anteriormente ficando sem bens suficientes para pagamento do passivo; (VI) abandono do estabelecimento empresarial – o empresário abandona seu estabelecimento sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagamento do passivo; (VII) descumprimento de obrigação assumida no plano e recuperação judicial – o empresário deixa de cumprir sem justificativa as obrigações assumidas no plano de recuperação judicial.

Nessas primeiras seis hipóteses, não há presunção de insolvência caso elas estejam previstas no plano de recuperação da empresa aprovado pelos credores.

O pedido de falência fundamentado em razão da prática de algum desses atos não observa se o empresário tem título vencido e inadimplente ou foi executado e não pagou. Nesta modalidade, não é necessário nenhuma das outras duas conjuntamente, ou seja, os três motivos não são cumulativos.

Ademais, segundo Luiz Inácio Vigil Neto (2008, p. 1999), trata-se de um rol taxativo, sendo que “qualquer outra situação, por mais consensual que possa

parecer aos intérpretes, não tipificará um ato falimentar se não estiver descrita numa das hipóteses previstas no inciso III do artigo 94”.

4.5 Contratos do Falido

Insta salientar, inicialmente, que será tratado apenas a respeito dos contratos do falido, deixando de ser analisado os efeitos da falência sobre a pessoa do mesmo, em razão do tema em foco, qual seja, adiantamento de contrato de câmbio. Além disso, dentre os vários contratos que a sociedade empresária pode desenvolver, será abordado apenas o contrato de compra e venda.

O cumprimento ou não dos contratos bilaterais será analisado, de acordo com a conveniência da massa falida, pelo administrador judicial. Esta conveniência quer dizer que os contratos “podem ser cumpridos se reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê (artigo 117 da Lei 11.101/05)” (MAMEDE, 2012, p. 314/315).

Desse modo, o princípio *pacta sunt servanda* é mitigado, haja vista que a interferência estatal sobre o patrimônio do falido é suficiente para excepcioná-lo, permitindo a denúncia pelo administrador judicial, segundo Gladston Mamede (2012, p. 315).

Contudo, caso o administrador opte pelo cumprimento do contrato e o falido cumpra suas prestações, a contraparte não poderá se escusar do cumprimento.

Neste mesmo sentido, Marcelo M. Bertoldi e Marcia Carla Pereira Ribeiro (2009, p. 630) lecionam:

para que os contratantes não fiquem indefinidamente na espera da solução quanto aos seus contratos, o § 1º do art. 117 da LRE prevê a possibilidade de o contraente interpelar o administrador para que este declare se dará ou não cumprimento ao contrato, e o direito à indenização, na hipótese de negativa ou no silêncio do administrador, está no § 2º do mesmo artigo. A decisão pela manutenção do contrato faz com que o administrador judicial

adquira o dever de adimplir com as obrigações relativas ao negócio, bem como impõe à outra parte contratante, da mesma forma, o cumprimento das prestações, a serem devidas agora à massa falida.

Esta previsão do artigo 117, *caput*, alcança os seguintes contratos (MAMEDE, 2012, p. 315):

(1) contratos nos quais o contratante possa exigir do falido prestação diversa do mero pagamento; (2) contratos nos quais ainda pendentes da prestação da contraparte, que se tornará devida quando executada a prestação devida ao falido; e (3) contratos de trato sucessivo (contratos de duração).

Para evitar essa tomada de decisão por parte do administrador judicial, a sociedade empresária e o contratante podem, no momento da elaboração do contrato entre eles, estipular a cláusula de resolução por falência, ou até apenas distribuição do pedido de falência. Há entendimentos doutrinários que consideram estas cláusulas inválidas, entre eles Gladston Mamede, Manoel Justino Bezerra Filho, Ricardo Tepedino. Em contrapartida, outra parte da doutrina entende não haver qualquer irregularidade na pactuação, entre eles Luiz Inácio Vigil Neto e o Ministro do STJ Humberto Gomes de Barros, exarando sua decisão no julgamento do Resp 846462/SP.

Caso haja a resolução do contrato, seja pela cláusula ou por decisão do administrador judicial, mediante autorização do Comitê, o contraente tem direito à indenização, cujo valor, apurado em processo ordinário, constituirá crédito quirografário, nos termos do artigo 117, § 2º.

Segundo Gladston Mamede (2012, p. 320), esta norma se aplicará “(1) quando haja dúvida sobre a existência ou não do direito a indenização, (2) quando o contrato seja ilíquido quanto ao valor devido, (3) quando o crédito não seja, por qualquer forma, privilegiado”. Apesar de a norma prever que será constituído crédito quirografário, nem sempre será assim; benfeitorias úteis e necessárias, por exemplo, constituem crédito com privilégio especial.

Contudo, se o crédito e o valor já são certos, não há necessidade de processo ordinário, bastando a inscrição do crédito na respectiva classe, de acordo com classificação de credores.

Além dos contratos bilaterais, poderá haver, também, contratos unilaterais, nos quais apenas o falido está obrigado. Assim, deverá ser observado o artigo 118 da Lei 11.101/05.

A avaliação da bilateralidade ou unilateralidade do contrato, no Direito Falimentar, segundo Luiz Inácio Vigil Neto (2008, p. 263):

ocorre no momento da decretação da falência. Se, ao ser prolatada a sentença falimentar, na relação contratual anteriormente avençada, remanescerem prestações recíprocas entre as parte contratantes, haverá o reconhecimento da bilateralidade. Se, ao se decretar a falência, uma das partes exauriu a sua obrigação pelo adimplemento, o Direito Falimentar não o reconhece como contrato bilateral, ainda que oneroso e originariamente sinalagmático.

Há, ainda, contratos específicos que fogem à regra geral estabelecida.

O contrato de compra e venda firmado pela empresa falida será definido de acordo com a fase de execução em que ele se encontra e a posição da empresa na relação contratual – compradora ou vendedora.

Como no adiantamento de contrato de câmbio a empresa falida estará no pólo vendedor, será analisado apenas sob essa ótica.

Caso nenhuma das partes tenha cumprido a sua obrigação ainda e a empresa vendedora venha ter a falência decretada, será aplicado o disposto no artigo 117.

Por outro lado, se o vendedor já entregou o bem e não houve o pagamento por parte do comprador, este deverá pagar o que deve à massa. Caso contrário, esta deverá processá-lo, representada pelo administrador judicial.

Por fim, se o comprador já pagou, mas o falido não entregou o bem, será aplicado o artigo 118. E, caso o administrador judicial não deseje dar cumprimento ao avençado, o crédito do comprador será inscrito no quadro geral de credores, na classe que lhe corresponda.

Essa última hipótese descreve o adiantamento de contrato de câmbio. O crédito adiantado pela instituição financeira para pagamento da moeda estrangeira (objeto do contrato), deverá, portanto, ser inscrito no quadro geral de credores na classe adequada, que será analisada adiante.

4.6 Classificação dos Credores Concurais

Como a decretação da falência acarreta, entre outros efeitos, a reunião de todos os créditos em apenas um processo, a preferência de determinados credores em detrimento de outros é essencial. Isso significa que há uma ordem preestabelecida a ser seguida quando do pagamento dos débitos da empresa falida, chamada de classificação dos créditos.

É aplicada, portanto, a *par conditio creditorum*, ou seja, “cada credor receberá em igualdade de condições com os demais credores, e na proporção do seu crédito”, de acordo com Roberto Senise Lisboa, sob a coordenação de Newton De Lucca e Adalberto Simão Filho (2005, p. 350). E, segundo Celso Marcelo de Oliveira (2005, p. 347), “a falência é, de fato, processo igualitário, isto é, que visa colocar todos os credores na mesma igualdade dentro de cada classe”.

Coube ao legislador, no artigo 83 da Lei 11.101/05, por razões políticas, econômicas e de interesse social, determinar qual a ordem de pagamento a ser seguida após a arrecadação e liquidação de todo o ativo da empresa:

Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:

I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho;

II - créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado;

III – créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias;

IV – créditos com privilégio especial, a saber:

a) os previstos no art. 964 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002;

b) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei;

c) aqueles a cujos titulares a lei confira o direito de retenção sobre a coisa dada em garantia;

V – créditos com privilégio geral, a saber:

a) os previstos no art. 965 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002;

b) os previstos no parágrafo único do art. 67 desta Lei;

c) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei;

VI – créditos quirografários, a saber:

a) aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo;

b) os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento;

c) os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso I **docaput** deste artigo;

VII – as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias;

VIII – créditos subordinados, a saber:

a) os assim previstos em lei ou em contrato;

b) os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatício.

Como se nota do artigo supracitado, os créditos trabalhistas, decorrentes da legislação trabalhista ou acidente de trabalho, são pagos antes de quaisquer outros créditos, sendo, portanto, o mais importante na visão do legislador.

Para Manoel Justino Bezerra Filho (2009, p. 187), o limite estabelecido em 150 salários mínimos foi criado para evitar que fossem criados créditos “maquiados”, criados às vésperas da falência, em favorecimento de pessoas que nunca haviam trabalhado na empresa ou a pessoas que teriam, na realidade, crédito menor. Porém, esta não é a melhor solução a ser dada ao caso, na visão do citado autor, pois o empregado que de fato teria direito a verba superior a 150 salários mínimos, estaria sendo punido em razão de haver possíveis fraudadores.

O saldo remanescente do crédito trabalhista que supera o limite estabelecido é habilitado na classe dos quirografários, nos termos do artigo 83, VI, “c”.

Além das verbas decorrentes da legislação trabalhista, as verbas dos danos causados por acidente de trabalho também têm preferência na ordem de pagamento e não está limitado ao teto de 150 salários mínimos, conforme interpretação do inciso em comento.

Após o pagamento dos créditos trabalhistas, a Lei Falimentar determina que sejam pagos os créditos oriundos de garantia real até o limite do valor do bem gravado.

As modalidades de garantia real estão estabelecidas no Código Civil, em seu artigo 1.419, quais sejam: penhor, anticrese e hipoteca. Portanto, um bem dado em garantia, através de algum desses direitos reais, fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação.

O penhor, segundo Celso Marcelo de Oliveira (2005, p. 351), “é o direito real que consiste na tradição de uma coisa móvel suscetível de alienação, realizada pelo devedor ou por terceiros ao credor, em garantia do débito”. E o credor poderá reter a coisa empenhada enquanto não houver a satisfação do seu crédito.

Por exemplo, determinada indústria de joias empresta R\$ 100.000,00 da instituição financeira, com a condição, estabelecida por esta, de que 10 joias sejam dadas em garantia (penhor), enquanto o montante emprestado não seja pago. Caso a sociedade empresária vá à falência, esse crédito da instituição financeira será inserido na 2ª classe, por ser credor pignoratício (garantia real).

A anticrese, conforme Roberto Senise Lisboa (2005, p. 359):

é direito real de garantia que incide sobre bens móveis, por meio do qual o credor obtém a posse da coisa, para os fins de percepção dos frutos e rendimentos que dela se pode obter, através da compensação (modalidade de pagamento por maneira diferente daquela originariamente ajustada pelas partes, em que se permite).

Contudo, este instituto jurídico é de pouca aplicabilidade nos processos falimentares.

Quanto a hipoteca, Lisboa (2005, p. 358) a define como “direito real de garantia que incide sobre um bem imóvel, daí porque ela sempre se submete à prévia averbação junto ao registro imobiliário”. Caso o credor hipotecário deseje, poderá requerer a adjudicação do imóvel avaliado em quantia inferior a seu crédito, desde que dê quitação pela sua totalidade, nos termos do parágrafo único do artigo 1.483 do Código Civil.

Após estes créditos, a 3ª classe foi criada para que sejam pagos os tributos, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias, conforme artigo 83, III, da Lei 11.101/05.

Nesta modalidade, equipara-se o crédito parafiscal. Entende-se por crédito parafiscal, segundo Lisboa (2005, p. 361), aquele devido “aos institutos, caixas de pensões e aposentadorias, receitas para a manutenção de entidades autárquicas (OAB, SENAI, SENAC, SESI, SESC) e os serviços sociais autorizados pela administração pública”. Primeiramente, os parafiscais federais e, posteriormente, os estaduais e municipais.

Nos termos do artigo 186 do Código Tributário Nacional, as multas tributárias não são computadas para os fins de prioridade do pagamento de dívidas porque são acessórias e não se confundem com o tributo em si. Desse modo, tais dívidas deveram ser pagas após os credores quirografários e antes dos subordinados.

Em sequência, no inciso IV, estão os créditos com privilégio especial, que são definidos como, primeiramente, aqueles descritos no artigo 964 do Código Civil:

Art. 964. Têm privilégio especial:

I - sobre a coisa arrecadada e liquidada, o credor de custas e despesas judiciais feitas com a arrecadação e liquidação;

II - sobre a coisa salvada, o credor por despesas de salvamento;

III - sobre a coisa beneficiada, o credor por benfeitorias necessárias ou úteis;

IV - sobre os prédios rústicos ou urbanos, fábricas, oficinas, ou quaisquer outras construções, o credor de materiais, dinheiro, ou serviços para a sua edificação, reconstrução, ou melhoramento;

V - sobre os frutos agrícolas, o credor por sementes, instrumentos e serviços à cultura, ou à colheita;

VI - sobre as alfaias e utensílios de uso doméstico, nos prédios rústicos ou urbanos, o credor de aluguéis, quanto às prestações do ano corrente e do anterior;

VII - sobre os exemplares da obra existente na massa do editor, o autor dela, ou seus legítimos representantes, pelo crédito fundado contra aquele no contrato da edição;

VIII - sobre o produto da colheita, para a qual houver concorrido com o seu trabalho, e precipuamente a quaisquer outros créditos, ainda que reais, o trabalhador agrícola, quanto à dívida dos seus salários.

Nota-se que o inciso VIII refere-se ao privilégio especial do trabalhador agrícola. Gladston Mamede (2012, p. 415) ressalta que, “no âmbito da legislação falimentar, porém, tais créditos incluem-se na regra do artigo 83, I, até o limite de

150 salários-mínimos, como visto. Portanto, a classificação como crédito especial se fará apenas em relação ao que desbordar esse limite”.

Importante destacar, também, que o privilégio especial é dado em relação a determinada coisa e não sobre o patrimônio todo do falido.

Em segundo lugar, os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei.

Em relação a este item, Manoel Justino Bezerra Filho (2009, p. 191) critica:

é o tipo de disposição genérica, que deve ser evitada pela técnica legislativa mais apurada, exatamente porque sua generalidade pode causar surpresas ao aplicador da lei, o que sempre deve ser evitado pelo legislador cuidadoso. Aliás, no caso a generalidade é absoluta, não só por incluir coisas indefinidas (previstas em leis em geral) como por excluir, também, situações indefinidas (salvo eventual disposição em contrário). Assim, diante de cada situação, deve o estudioso pesquisar e ver se aquele crédito que tem em mãos goza ou não de privilégio especial.

Por fim, aqueles a cujos titulares a lei confira o direito de retenção sobre a coisa dada em garantia.

O direito de retenção decorre do fato de que alguém possui algo de outrem, que deva ser restituído. Contudo, ensina Celso Marcelo de Oliveira (2005, p. 354) que:

se o seu dono é, ao mesmo tempo, devedor do que a possui e tem o dever de restituir, justo não seria que este fosse obrigado à restituição, para só após cobrar o que lhe é devido. Nesse caso, elementar dever de equidade legitimaria a retenção da coisa até o pagamento de seu crédito.

O inciso V trata dos créditos com privilégio geral, que são os previstos no artigo 965 do Código Civil, no parágrafo único do artigo 67 da Lei 11.101/05 e os definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposições em contrário da Lei 11.101/05:

Art. 965. Goza de privilégio geral, na ordem seguinte, sobre os bens do devedor:

I - o crédito por despesa de seu funeral, feito segundo a condição do morto e o costume do lugar;

II - o crédito por custas judiciais, ou por despesas com a arrecadação e liquidação da massa;

III - o crédito por despesas com o luto do cônjuge sobrevivente e dos filhos do devedor falecido, se foram moderadas;

IV - o crédito por despesas com a doença de que faleceu o devedor, no semestre anterior à sua morte;

V - o crédito pelos gastos necessários à manutenção do devedor falecido e sua família, no trimestre anterior ao falecimento;

VI - o crédito pelos impostos devidos à Fazenda Pública, no ano corrente e no anterior;

VII - o crédito pelos salários dos empregados do serviço doméstico do devedor, nos seus derradeiros seis meses de vida;

VIII - os demais créditos de privilégio geral.

Além desses, o parágrafo único do artigo 67 estabelece:

Art. 67:

(...)

Parágrafo único. Os créditos quirografários sujeitos à recuperação judicial pertencentes a fornecedores de bens ou serviços que continuarem a provê-los normalmente após o pedido de recuperação judicial terão privilégio geral de recebimento em caso de decretação de falência, no limite do valor dos bens ou serviços fornecidos durante o período da recuperação.

Esse dispositivo inserido na Lei de Falências procura beneficiar aqueles que colaboram com a empresa em recuperação judicial, determinando que os créditos constituídos durante a recuperação judicial sejam tratados com privilégio geral, ao invés de quirografário.

O instituto da recuperação judicial é uma “evolução do direito brasileiro, que deixa de lado o puro e simples processo falimentar liquidatório-solutório e procura o reerguimento da empresa, em face de sua função social e de sua relevância para a coletividade e o Estado” (LISBOA, 2005, p. 371).

Por fim, estão os créditos quirografários no inciso VI. Esta modalidade de crédito não tem qualquer preferência legal e está fundamentado em um documento. Portanto, se o crédito não possuir qualquer preferência legal e não for

cláusula penal, pena criminal e administrativa pecuniária ou, ainda, subordinado, ele será quirografário.

Dentro dessa categoria não há qualquer preferência, devendo ser realizado o rateio proporcional com o ativo que restou da liquidação e pagamentos dos credores anteriores.

4.7 Créditos Extraconcursais

Como a própria denominação sugere, os créditos extraconcursais não são incluídos na classificação dos credores. São pagos, primeiramente, estes créditos e, após, inicia-se o pagamento na ordem estabelecida pelo artigo 83 da Lei em comento.

Segundo Roberto Senise Lisboa (2005, p. 373), “crédito extraconcursal é aquele que não precisa ser habilitado e nem concorre com os créditos preferenciais e não preferenciais”.

Conforme estabelece o artigo 84, os créditos extraconcursais são:

Art. 84. Serão considerados créditos extraconcursais e serão pagos com precedência sobre os mencionados no art. 83 desta Lei, na ordem a seguir, os relativos a:

I – remunerações devidas ao administrador judicial e seus auxiliares, e créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho relativos a serviços prestados após a decretação da falência;

II – quantias fornecidas à massa pelos credores;

III – despesas com arrecadação, administração, realização do ativo e distribuição do seu produto, bem como custas do processo de falência;

IV – custas judiciais relativas às ações e execuções em que a massa falida tenha sido vencida;

V – obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial, nos termos do art. 67 desta Lei, ou após a decretação da falência, e tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência, respeitada a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.

Além destes, as restituições de bem *in natura* e em dinheiro também são extraconcursais.

Consoante Manoel Justino Bezerra Filho (2009, p. 198) e nos termos do artigo 85:

Quando a falência é decretada, a arrecadação deve ser feita imediatamente (art. 108, *caput*), o que é justificável, tendo em vista a defesa do interesse dos credores, evitando-se a dilapidação do patrimônio e o desaparecimento dos bens do devedor. Mesmo bens indicados como de terceiros devem ser arrecadados, mencionando-se tal dado no auto de arrecadação (inciso IV do § 2º do art. 110). Dessa forma, ao arrecadar tudo que encontrar no estabelecimento do devedor, pode o administrador arrecadar bens que não são do devedor e que por isso devem ser devolvidos ao legítimo proprietário ou titular de direitos. Daí a possibilidade do pedido de restituição de bens e embargos de terceiro (art. 93), medidas processuais que, finalisticamente, se prestam a retirar de entre os bens arrecadados aqueles bens que não são do devedor, em princípio.

Para que seja possível o pedido de restituição, o bem deve ter sido arrecadado ou encontrar-se na posse do devedor na data da decretação da falência. Pode ocorrer, por ato falho do arrecadatário, que o bem não seja arrecadado. Contudo, não fugirá à restituição se o bem já estava na posse do devedor no momento da decretação da falência.

O parágrafo único desse mesmo artigo dá proteção ao proprietário da coisa vendida a crédito nos 15 dias anteriores ao requerimento da falência do devedor, permitindo que haja a restituição do bem se vendido neste período.

A finalidade dessa regra, segundo Fábio Ulhoa Coelho (2010, p. 285):

é a proteção da boa-fé que deve permear as práticas interempresariais. De fato, às vésperas da quebra, os representantes legais e administradores da sociedade sabem que dificilmente poderão honrar novos compromissos. Ao aceitarem remessas de mais mercadorias de fornecedores, estão agindo com presumível má-fé.

Com relação a este parágrafo, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 133 que reza:

A restituição da importância adiantada, à conta de contrato de câmbio, independe de ter sido a antecipação efetuada nos quinze dias anteriores ao requerimento da concordata.

Dentre os argumentos apresentados para dispensar o lapso temporal, o Ministro Cláudio Santos, no julgamento do Recurso Especial nº 30.668-5 RS, entendeu que, “na espécie, tratando-se de restituição de bem fungível, incabível a sua equiparação com a venda de coisas (bens infungíveis) a crédito, esta sim vinculada à exigência de que a aquisição tenha se dado no período suspeito”.

Neste mesmo sentido, o Ministro Dias Trindade, no julgamento do Recurso Especial nº 24.477-1 RS, justificou a desnecessidade do lapso temporal em razão de o crédito ser visto como um incentivo às exportações para ser atingida uma meta governamental. Além disso, salientou que no contrato de câmbio não há venda, mas compra pela instituição financeira.

Assim, a restituição do dinheiro adiantado é feita com base artigo 86, II, da Lei 11.101/05.

Este artigo menciona em quais hipóteses poderá ser feita a restituição em dinheiro:

Art. 86. Proceder-se-á à restituição em dinheiro:

I – se a coisa não mais existir ao tempo do pedido de restituição, hipótese em que o requerente receberá o valor da avaliação do bem, ou, no caso de ter ocorrido sua venda, o respectivo preço, em ambos os casos no valor atualizado;

II – da importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, na forma do art. 75, §§ 3º e 4º, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, desde que o prazo total da operação, inclusive eventuais prorrogações, não exceda o previsto nas normas específicas da autoridade competente;

III – dos valores entregues ao devedor pelo contratante de boa-fé na hipótese de revogação ou ineficácia do contrato, conforme disposto no art. 136 desta Lei.

Parágrafo único. As restituições de que trata este artigo somente serão efetuadas após o pagamento previsto no art. 151 desta Lei.

Para justificar a restituição estabelecida no inciso II, Fábio Ulhoa Coelho (2010, p. 86) ensina que:

A facilitação e barateamento do financiamento aos exportadores representam, em outros termos, medida do interesse nacional. Quanto maiores forem as garantias de recuperação do dinheiro emprestado aos exportadores pelos bancos, menores serão os juros praticados. Isso porque parte das taxas cobradas pelas instituições financeiras é pressionada pelos riscos associados à insolvência do devedor. Ao estabelecer a lei a restituição das quantias adiantadas ao exportador falido com base num contrato de câmbio, definindo o crédito da instituição financeira como extraconcursal, atenua-se o risco associado à insolvência e, conseqüentemente, os juros cobrados nessa linha de financiamento.

Em contrapartida, Manoel Bezerra Justino Filho (2009, p. 204), entende que essa regra “demonstra a absoluta preponderância da Lei na defesa do capital financeiro, em prejuízo de todos os demais créditos e em prejuízo da própria possibilidade de recuperação da empresa”.

Há quem concorde e quem discorde dessa regra imposta pelo legislador. O fato é que durante um período, houve discussão intensa a respeito da constitucionalidade ou não do dispositivo e da razão da restituição do dinheiro adiantado.

No julgamento extraordinário nº 88.827/RS, o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, para justificar a restituição, entendeu que “esse financiamento é apenas para permitir que haja entradas na empresa, mas com o fim de exportar, ou seja, não ocorre, propriamente, uma integração desse bem no patrimônio da empresa”.

Ora, há sim a incorporação do dinheiro no patrimônio da empresa. O contrato realizado tem natureza jurídica de compra e venda com entrega futura de uma das partes e, portanto, já estará incorporado no patrimônio da empresa no momento em que a instituição financeira cumprir sua prestação de entregar, em reais, o valor da compra dos dólares ou euros que virão do exportador estrangeiro.

Como dito no capítulo anterior, a propriedade de bem móvel se transfere com a simples tradição. Assim, ao ser transferido o dinheiro para a empresa exportadora, este não faz mais parte do patrimônio da instituição financeira. Conseqüentemente, não há que se falar em restituição de coisa que não a pertence mais.

Nessa linha de raciocínio, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, no julgamento em análise, ponderou que “o crédito resultante do adiantamento do

contrato de câmbio deve ser equiparado aos demais financiamentos bancários, que disso ele não passa, todos classificados na categoria dos quirografários”.

Apesar do Ministro Aguiar entender que o adiantamento do contrato de câmbio tem natureza jurídica de mútuo, a solução apontada por ele também é de classificar o crédito como quirografário, sem qualquer privilégio ou estar na lista dos extraconcursais.

Os Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Cesar Asfor Rocha acompanharam o voto de Ruy Rosado Aguiar.

Nota-se, portanto, que até na mais alta corte do sistema judiciário brasileiro houve controvérsias e entendimentos divididos a respeito do tema.

Já o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, através de sua súmula 20 (uniformização de jurisprudência nº 599430261), entende, ainda, que o pagamento dos créditos trabalhistas tem prioridade sobre a devolução do valor adiantado ao falido.

A análise da constitucionalidade do inciso em comento será feita no próximo capítulo.

4.8 Encerramento do Processo de Falência

Com o recebimento do pedido de falência, há início do processo, que deverá ser encerrado de alguma forma.

Assim, o artigo 154 da Lei de Falências determina que “concluída a realização de todo o ativo, e distribuído o produto entre os credores, o administrador judicial apresentará suas contas ao juiz no prazo de 30 (trinta) dias”.

Segundo Amador Paes de Almeida (2012, p. 300), “tais contas, que permanecerão em cartório, poderão ser impugnadas pelos interessados, em dez dias, findo o que, realizadas as diligências necessárias, serão julgadas, da decisão cabendo recurso de apelação”.

Além da prestação de contas, o administrador judicial deverá apresentar seu relatório final, contendo o montante do ativo (bens do falido), o produto da realização deste ativo, o montante do passivo, o pagamento feito aos credores e os créditos remanescentes que não puderam ser pagos (art. 155, da Lei 11.101/05).

Caso assim não proceda, o juiz poderá até destituí-lo, conforme estabelece o artigo 23 da Lei de Falências.

Se apresentado o relatório final, o juiz encerra o processo de falência com uma sentença. Esta é de suma importância ao falido, consoante Amador Paes de Almeida (2012, p. 301), pois é o trânsito em julgado dela que dá início a contagem do prazo da prescrição, possibilitando-lhe “a necessária recuperação para o exercício da atividade empresarial”.

A extinção das obrigações pelo falido ocorre “em razão do pagamento da totalidade das obrigações, de parte ou pelo decurso do prazo prescricional” (OLIVEIRA, 2005, p. 562).

A primeira hipótese está contida no inciso I, do artigo 158 da Lei 11.101/05. O pagamento poderá ser feito de qualquer forma, “desde que o faça em nome e por conta do devedor ou pelo próprio empresário falido, por depósito nos autos ou por cessão do direito de crédito”, como ensina Celso Marcelo de Oliveira (2005, p. 562).

O inciso II desse mesmo artigo contempla a hipótese de pagamento parcial dos créditos. Ocorre quando há o pagamento de mais de 50% dos créditos quirografários.

Contudo, se não foi possível nenhuma forma desses dois pagamentos, o inciso III e o IV abarcam, respectivamente, a possibilidade de extinção das obrigações num prazo de 5 anos se o falido não tiver sido condenado penalmente pela prática de crime previsto na Lei 11.101/05 ou de 10 anos se tiver. Lembrando que, como dito anteriormente, esses prazos começam a correr a partir do trânsito em julgado da sentença que encerra a falência.

5 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade, descrito no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, que determina que todos são iguais perante a lei, deve ser analisado para que seja possível concluir pela (in)constitucionalidade do artigo 86, II da Lei 11.101/05.

5.1 Fundamento Constitucional

As reivindicações da igualdade tiveram início no século XVIII com as revoluções que ocorreram no mundo, como a francesa, que ocorreu em prol da “abolição dos direitos feudais”, nascendo, assim, “a igualdade de condição, atendendo-se, portanto, ao principal objetivo da burguesia” (FERREIRA FILHO, 2009, p. 199). Essas revoluções serviram de fonte de inspiração para que outros fenômenos ocorressem ao longo dos anos em busca da igualdade de condição social e igualdade jurídica.

Mesmo depois das lutas que ocorreram em busca da igualdade, ainda houveram meios discriminatórios por parte de muitas pessoas, haja vista a diferença que há entre os seres humanos ao se comparar uns com outros. E é seguindo esse pensamento que Celso Antônio Bandeira de Mello (1999, p. 21) discorre sobre três critérios cumulativos para a identificação do desrespeito à isonomia, que é possível a desqualificação do desrespeito quando há a falta de um dos critérios. O primeiro critério diz respeito ao fator de desigualação, ou seja, analisar o que é adotado como fator discriminatório.

O segundo aponta que deve haver uma observação do fato para verificar se há uma relação mútua lógica (justificativa racional) daquele desigualador com o tratamento jurídico devidamente atribuído em função da desigualdade.

Por fim, o terceiro que busca analisar se a correlação lógica está de acordo com os interesses constitucionais.

Em outras palavras, Celso Antônio Bandeira de Mello (1999, p. 21) esclarece:

tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impede analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.

Embora haja essa diferença, o tratamento deve ser igual a todos, sem deixar de lado aqueles que, assim, ficariam desfavorecidos por causa de sua desigualdade. Por esse motivo, a utilização da igualdade foi devidamente positivada na Constituição Federal brasileira de 1988 em seu artigo 5º, mas sempre respeitando os desiguais na medida de sua desigualdade, seguindo os pensamentos do filósofo Aristóteles.

Assim como Aristóteles, Alexandre de Moraes (2006, p. 31) aponta que deve haver o tratamento desigual dos casos desiguais, porque esse tratamento é uma “exigência tradicional do próprio conceito de Justiça”. Moraes ainda ressalta que “somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito”. Comparato (1996, p. 59) *apud* Moraes (2006, p. 31) ressalva “que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada, não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal”.

Gastão Rúbio de Sá Weyne (2005, p. 42) aponta as distinções que são fundamentais para uma sociedade que busca igualdade e o respeito da desigualdade:

A igual proteção da lei é um princípio absoluto, que deve ser aplicado a todas as pessoas, sejam quais forem as suas condições e circunstâncias em que se encontrem. Deve haver distinções, ou seja, tratamentos

desiguais. Os tratamentos desiguais devem ocorrer quando existe, na opinião de Paulino Jacques, uma causa racional para isso, baseada numa conveniência política, administrativa ou econômica. Verifica-se, nesta afirmação, que, no momento em que se julga ser a causa racional ou não, para o tratamento desigual, com base em conveniência definida em campos de naturezas díspares como as de ordem política, administrativa ou econômica, fica caracterizado um juízo de valor, portanto subjetivo, podendo ser vago e impreciso, mutável com o tempo e dependente dos valores aceitos pela comunidade e por quem faz o julgamento. Além disso, a dependência de um juízo de valor pode resultar em textos legais cujo conteúdo beneficie às classes hegemônicas, considerando-se a influência política e o maior poder econômico destes grupos, em detrimento das classes subalternas.

Seguindo a linha de pensamento de Weyne, não basta que a lei aponte a igualdade de todos, sem que traga o respeito com os desiguais, pois seria um caso de desrespeito com o ser humano de forma a afrontar o princípio da igualdade (também chamado de princípio da isonomia), pois tratar aqueles que possuem suas diferenças de forma igual a todos os outros cidadãos seria abandonar todas as lutas passadas e voltar para uma sociedade desigual.

Celso Antônio Bandeira de Mello (1999, p. 43) segue a mesma risca de Weyne ao dispor que “fica sublimado que não basta a exigência de pressupostos fáticos diversos para que a lei distinga situações sem ofensa à isonomia”, devendo a diferenciação estar em consonância com as diretrizes constitucionais.

Para Antonio Marcelo Caleffi (2003, p. 92), “a igualdade tem a ver com a distribuição de direitos e deveres, de vantagens e obrigações, de benefícios e de custos inerentes a uma mesma situação”.

Concluindo os pensamentos dispostos aqui, o princípio da igualdade pode ser definido como uma norma que deve orientar tanto o aplicador da lei como o legislador, na medida em que haja o tratamento equânime às pessoas, sem que seja utilizada como fonte de privilégios ou perseguições.

5.2 Aplicação à Classificação dos Credores

O princípio constitucional da igualdade está relacionado com o instituto da falência de empresas quando da classificação dos créditos estabelecida no artigo

83 da Lei 11.101/05, pois tal classificação tem como princípio basilar a *par conditio creditorum*, ou seja, a igualdade de condições entre os credores da mesma classe.

Os credores na falência estão organizados em classes diferentes de acordo com a natureza do crédito de cada um. Aqueles de natureza idêntica estão inseridos na mesma categoria e, portanto, terão tratamento idêntico.

Assim ensina Antonio Marcelo Caleffi (2003, p. 106):

pode-se asseverar que o tratamento igualitário fica subjugado à natureza do crédito, qual seja: tratamento isonômico entre todos os credores trabalhistas, entre todos os credores fiscais, entre todos os credores de direito real de garantia e assim por diante.

Há essa igualdade em razão de que toda legislação elaborada deve estar em compasso com a Constituição Federal de 1988, sob pena de ser considerada inconstitucional em seu todo ou em partes.

Desse modo, qualquer tratamento diferenciado entre créditos de mesma natureza feriria o princípio constitucional da igualdade estabelecida no artigo 5º da CF/88.

O fato de dar prioridade a determinados créditos, como os trabalhistas que são da primeira classe, não fere o princípio isonômico, pelo contrário, o consagra, haja vista que os iguais deverão ser tratados igualmente e os desiguais desigualmente na medida de sua desigualdade.

O que não deve ser admitido é créditos de natureza semelhante estarem inseridos em classes diversas. Isso claramente destoa do que a CF/88 preconiza com o princípio da igualdade.

Nessa linha de raciocínio, o adiantamento de contrato de câmbio, tratado como crédito extraconcursal, está em desacordo com a igualdade, pois, como tratado no tópico 3.4, esta modalidade de contrato tem natureza jurídica de compra e venda com antecipação da prestação de um dos contratantes – a instituição financeira realiza o pagamento antes que seja entregue a moeda estrangeira – e os demais credores que possuem crédito derivado dessa mesma

natureza jurídica – compra e venda – são classificados como quirografário, via de regra.

Exemplificando: “A”, empresa de móveis, realiza contrato de câmbio com cláusula de adiantamento com a instituição financeira “B” comprometendo-se a entregar o valor de U\$ 100.000,00 (cem mil dólares) em 180 dias, e, em contrapartida, “B”, no momento da pactuação, entrega R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) a “A” para que ela produza sofás e exporte para os Estados Unidos da América. Para a confecção do bem, na mesma época, “A” realiza contrato de compra e venda com a empresa de tecidos “C”, pactuando que este fornecerá, no momento da assinatura do instrumento, 50 peças no valor total de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), enquanto que “A” pagará o valor devido em 90 dias. Entretanto, transcorridos 60 dias da pactuação de ambos os contratos, “A” tem a falência decretada.

De acordo com a legislação vigente, o adiantamento de contrato de câmbio feito por “B” será tratado como crédito extraconcursal, devendo ser um dos primeiros créditos a receber o valor devido, ao passo que “C” será classificado como crédito quirografário, um dos últimos a receber o valor devido (se for pago), sendo que ambos os créditos possuem a mesma natureza jurídica: contrato de compra e venda com a antecipação da prestação de um dos contratantes.

Assim, tanto “B” quanto “C” anteciparam sua prestação em um contrato de compra e venda e apenas o primeiro é classificado como extraconcursal. Nota-se, portanto, que tal preferência é injustificável, de modo a afrontar a igualdade que deve imperar entre os iguais.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 88.827/RS em que o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional o caráter extraconcursal do ACC, o Ministro Relator Moreira Alves justifica o tratamento desigual da seguinte forma:

Ainda que se admita que os adiantamentos feitos pelas instituições financeiras aos exportadores, por conta do valor do contrato de câmbio, tenha, intrinsecamente, a natureza de mútuo, não se pode pretender que o § 3º do artigo 75 tenha atribuído a tais adiantamentos um privilégio que só se explicaria pelo tratamento discriminatório em função unicamente da pessoa do credor. Não é isso, com efeito, o que justifica o privilégio em causa. A finalidade evidente do mencionado dispositivo legal foi a de facilitar o financiamento das exportações do país, para cuja política de desenvolvimento é indispensável o estímulo e, conseqüentemente, a

ampliação da exportação de seus produtos. Inexiste, pois, tratamento discriminatório entre mutuantes, mas desigualdade resultante do fim econômico a que visa o contrato em questão, e fim econômico esse cujo interesse público justifica tratamento diverso para o meio que facilita sua consecução.

Contudo, pouco convincente é este argumento. A Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do Recurso Especial nº 1.279.525/PA, entende que a justificativa dada pelos defensores do ACC como crédito extraconcursal e como excluído do plano de recuperação judicial – tópico 7.2 – não é plausível pelas seguintes razões:

Não se ignora a importância das exportações para a economia do país, sobretudo após a globalização mundial, mas não podem elas prevalecer sobre créditos de caráter alimentar. Nem se diga que a sujeição dos ACC's à recuperação judicial geraria retração desse tipo de empréstimo no mercado e/ou elevação das taxas de juros, em prejuízo dos próprios exportadores. Outras modalidades de linha de crédito, inclusive aquelas destinadas a pessoas jurídicas e voltadas especificamente para incentivar o desenvolvimento da economia, estão sujeitas à recuperação judicial e, nem por isso, têm sua oferta reduzida. Quanto aos juros praticados, a questão se resolve pela prática de uma política de governo tendente à redução desse encargo, como a verificada atualmente, e não na concessão de vantagens desproporcionais à instituição financeira para artificialmente reduzir seus custos, em detrimento do próprio tomador do empréstimo e dos seus empregados e demais credores. Aliás, como bem anota Ecio Perin Junior, um dos principais objetivos da nova Lei de Falências é “ampliar o acesso ao crédito e reduzir seu custo no Brasil, ou seja, dar condições para a diminuição do *spread* bancário”. Nesse contexto, o autor destaca que a necessidade de diminuição do *spread* bancário foi, inclusive, apresentado como justificativa para beneficiamento dos bancos, mas ressalva que “tal favorecimento tem-se mostrado ineficaz quanto à pretensa redução de juros, proporcionando, em realidade, um dos maiores obstáculos para o êxito de muitos processos de recuperação judicial, colocando em risco o sucesso da própria lei falitária” (Curso de direito falimentar e recuperação de empresas, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 408-412).

De fato, esse entendimento harmoniza com os preceitos constitucionais; não se pode transpor as barreiras da Constituição Federal sob a justificativa de incentivo à exportação e suposta diminuição na taxa de juros; assim, o legislativo não deve utilizar sua função principal (elaboração de leis) para resolver problemas econômicos ferindo o princípio constitucional da igualdade. O poder que deve propor políticas públicas para viabilizar as exportações e a redução dos juros é o executivo.

Além da flagrante inconstitucionalidade do artigo 86, II, da Lei 11.101/05, por vezes nem os créditos tidos como primordiais – trabalhistas – são pagos totalmente, em virtude dos vultuosos valores referentes ao ACC, como ensina Antonio Marcelo Caleffi (2003, p. 114):

Em se tratando de regiões exportadoras onde o financiamento das indústrias é sustentado, por excelência, através de adiantamentos a contratos de câmbio à exportação, nem mesmo os credores privilegiados antes mencionados – trabalhistas e fiscais – recebem. É que tais adiantamentos são considerados pelo § 3º do artigo 75 da Lei nº 4.728/65, não como financiamento, mas, como bens de terceiros e, portanto, têm direito ao pedido de restituição previsto no art. 76 da Lei Falimentar

O citado autor menciona a restituição do artigo 76 da Lei Falimentar em razão da obra ser anterior a nova Lei de Falência, vigente a partir de 2005, que tem como correspondente o artigo 86, II.

6 RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Após relacionar o adiantamento de contrato de câmbio com o instituto da falência, é necessário, também, para o objetivo a ser atingido, abordar a recuperação judicial de forma geral e demonstrar em quais pontos o ACC está inserido nela.

A palavra recuperar significa readquirir, reconquistar, reaver. O sentido da recuperação judicial é propiciar o restabelecimento da saúde financeira de uma sociedade empresária em crise.

A regulamentação desse restabelecimento da normalidade financeira é disciplinada na Lei 11.101/05, que substituiu a concordata da Lei 7.661/45.

Segundo Waldo Fazzio Junior (2012, p. 91):

para o fim de preservar a atividade produtiva e maximizar o ativo sobre o qual incidem as pretensões dos credores, o legislador brasileiro, antes tarde do que nunca, engendrou duas alternativas tendentes a prevenir a falência, colocando no sistema jurídico as recuperações judicial e extrajudicial.

Portanto, uma empresa em dificuldades, atendendo determinados requisitos, poderá ser recuperada por meio da modalidade judicial ou extrajudicial.

No presente trabalho será abordada apenas a recuperação judicial, em razão dos fins propostos.

6.1 Conceito

A recuperação judicial, apesar de ser mais ampla que o instituto da concordata, tem o mesmo objetivo que ela, qual seja “recuperar, economicamente, o devedor, assegurando-lhe, outrossim, os meios indispensáveis à manutenção da empresa, considerando a função social desta” (ALMEIDA, 2012, p. 320).

Já Marcelo M. Bertoldi e Marcia Carla Pereira Ribeiro (2009, p. 471), sob uma visão mais social, definem o objetivo da recuperação judicial da seguinte maneira:

O foco primordial da nova lei deixa de ser a satisfação dos credores e se desloca para um patamar mais amplo: a proteção jurídica do mercado, o qual, desenvolvendo-se de modo sadio, potencialmente atua em benefício da sociedade como um todo e do crescimento econômico do País. O princípio da preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica figuram como cânones interpretativos expressamente previstos no texto legal (art. 47), tornando imperativa a manutenção do agregado empresarial sempre que possível e viável ao bom funcionamento do mercado.

Este instituto não é utilizado para qualquer empresa, mas apenas para aquelas que realmente têm condições de se reorganizar e manter a atividade, pois as que não possuem estas condições devem ter sua falência requerida.

Nesse mesmo sentido, Waldo Fazzio Junior (2012, p. 92) ensina que “a empresa deixa de ser somente a garantia insuficiente dos credores, mas é vista como uma unidade produtiva capaz de, mediante esquema recuperatório adequado, não apenas resolver o passivo, mas também permanecer ativa”.

Além dessas definições doutrinárias, a própria Lei 11.101/05, em seu artigo 47, dispõe a respeito dos objetivos da recuperação judicial:

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.

Assim, nota-se que a recuperação da empresa em crise não interessa apenas ao devedor que está vendo sua fonte geradora de renda acabar, mas sim a

todos os colaboradores que dela também dependem, à população regional, estadual ou nacional, e à economia de uma forma geral.

A título de exemplo, a falência de uma indústria que emprega 5.000 pessoas em uma cidade de 23.000 habitantes seria desastrosa. Nessas ocasiões, a recuperação judicial ao invés da falência deve ser tentada se presente a documentação exigida pelo artigo 51 da Lei 11.101/05, obviamente.

O legislador criou todo esse mecanismo de recuperação para as empresas em razão “da percepção dos amplos riscos a que estão submetidas as atividades econômicas e seu amplo número de relações negociais, para além de sua exposição ao mercado e seus revezes constantes” (MAMEDE, 2012, p. 118).

6.2 Princípios

De acordo com a doutrina de Fábio Ulhoa Coelho (2010, p. 144), Gladston Mamede (2012, p. 118), Waldo Fazzio Junior (2012, p. 16), Celso Marcelo de Oliveira (2005, p. 234) e o artigo 47 da Lei 11.101/05 é possível estabelecer três princípios que norteiam a recuperação judicial de empresas, quais sejam: preservação da empresa; função social; e defesa dos interesses dos credores.

Para a concretização do princípio da preservação da empresa deve-se atentar, primeiramente, à viabilidade da mesma, haja vista que, segundo Waldo Fazzio Junior (2012, p. 16):

por mais que se ponha em relevo a importância da atividade econômica organizada no bojo de uma sociedade pluralista e de livre iniciativa, sempre é aconselhado ter em mente, também, o desserviço prestado pela empresa assolada pela insuficiência de meios de pagamento e pela desestruturação. Daí infere-se que há um ponto divisório, de análise obrigatória, ao se buscar em remédios para os problemas derivados da insolvência empresarial: a viabilidade do empreendimento em crise.

E, para Fábio Ulhoa Coelho (2010, p. 144), a viabilidade da empresa deve ser feita em função dos seguintes vetores: importância social; mão de obra e

tecnologias empregadas; volume de ativo e passivo; tempo da empresa; e o porte econômico.

Feito o juízo de viabilidade e se assim for considerada, a recuperação judicial deverá ser o caminho para a preservação da empresa.

A bem da verdade é que este princípio abarca os outros dois, pois a razão para a criação de um sistema complexo com diversos sacrifícios realizados pelos credores é a preservação da função social da empresa e o atendimento dos interesses dos próprios credores.

Gladston Mamede (2012, p. 119) atenta para o fato de que a recuperação judicial da empresa não se confunde com o empresário, pois os interesses deste não estão contemplados pelo artigo 47 da Lei 11.101/05. Assim, segundo este mesmo autor (2012, p. 119), “embora a recuperação da empresa possa atender aos interesses e direitos patrimoniais do devedor ou da sociedade empresária, não é essa a finalidade da recuperação judicial da empresa”.

O princípio da preservação da empresa está intimamente ligado ao da função social, pois a continuidade de uma fonte produtora garante empregos, impulsiona a economia e gera tributos ao Estado.

Nas palavras de Celso Marcelo de Oliveira (2005, p. 237), a recuperação judicial objetiva a “recuperação econômica da empresa, ensejando-lhe sobrevivência, segundo o princípio da sua função social, para a qual se conjugam os interesses lucrativos do empresário, a estabilidade na geração de empregos e os interesses do Estado na geração de tributos”.

Assim, a empresa que cumpre com sua função social, devidamente determinada pela Constituição Federal, em seu artigo 170, III, pode garantir o funcionamento e a estabilidade de cidades que dependem precipuamente dela para a sobrevivência.

Dessa maneira conclui Fábio Ulhoa Coelho (2010, p. 144):

É necessário que seja importante para a economia local, regional ou nacional que aquela empresa se reorganize e volte a funcionar com regularidade; em outros termos, que valha a pena para a sociedade brasileira arcar com os ônus associados a qualquer medida de recuperação de empresa não derivada de solução de mercado.

O último princípio indicado é o da defesa dos interesses dos credores.

A *priori* parece uma contradição dizer que o início da recuperação judicial de determinada empresa satisfaz os interesse dos credores, pois imagina-se que o ideal para quem tem o crédito é levar os bens a leilão e receber o que tem direito. Contudo, como ensina Waldo Fazzio Junior (2012, p. 18):

é lícito afirmar que a manutenção da empresa pode ser a chave para o atendimento adequado das pretensões creditícias. Primazia dos credores não é noção incompatível com a correção econômico-financeira da empresa, até porque nenhum credor é movido pelo *animus* liquidatório. Em certo sentido, empresa liquidada não paga.

Desta maneira, a ideia é a restauração da empresa em crise com a finalidade desta honrar com todos seus compromissos e não com apenas parte deles, como ocorreria se decretada a falência.

Tanto é assim que a recuperação judicial objetiva “a defesa dos interesses dos credores que são representados pela Assembléia Geral dos Credores que visam discutir e aprovar um plano de recuperação para a empresa, para saldar o passivo com os credores”, segundo Celso Marcelo de Oliveira (2005, p. 236).

6.3 O Plano de Recuperação Judicial

O início de uma possível recuperação judicial é feito com a elaboração e distribuição de uma petição inicial contendo os elementos gerais exigidos pelo artigo 282 do Código de Processo Civil e os especiais contidos no artigo 51 da Lei 11.101/05, quais sejam:

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:

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

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

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

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

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.

Caso toda esta documentação exigida esteja em ordem, o Juiz determinará o processamento da recuperação, nos termos do artigo 52 da lei em comento.

Contudo, isso não significa que a recuperação judicial está concedida e irá, a partir do pronunciamento do Juiz, produzir todos seus efeitos, e sim apenas autoriza a tramitação do processo.

Se o pedido for indeferido, o Juiz não poderá decretar a falência.

Após o pedido ser deferido, de acordo com o artigo 53 da LRF, o devedor tem prazo improrrogável de 60 dias para apresentação do plano de recuperação, a ser contado a partir da publicação do referido pronunciamento.

Caso o devedor não apresente o plano neste prazo, o Juiz decretará a falência da empresa, como ensina Luiz Inácio Vigil Neto (2008, p. 166):

Considerando que a pretensão jurídica da autora era de concessão do regime de recuperação e o magistrado, ao invés de acolher ou rejeitar a pretensão, decretar a falência, aprioristicamente, poderá ser dito que julgou extrapetita. Porém, inegavelmente agiu com autoridade legal que lhe permite a decretação da falência *ex officio*.

O plano apresentado no prazo citado deverá conter os itens elencados nos incisos do artigo 53, quais sejam: discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a serem empregados, conforme o artigo 50 da Lei, e seu resumo; demonstração de sua viabilidade econômica; e laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.

O inciso I faz referência ao artigo 50, pois neste encontram-se meios que o legislador considerou como adequados para a prosperação da recuperação da empresa:

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

Contudo, a doutrina é unânime em afirmar que o rol do mencionado artigo é exemplificativo, ou seja, podem ser utilizados outros meio que não estejam naquela descrição.

Assim é o entendimento de Manoel Justino Bezerra Filho (2009, p. 149):

O art. 50, em seus 16 incisos, traz indicações de meios a serem utilizados para o plano de recuperação. Essa relação de 16 incisos é meramente exemplificativa, pois no art. 50, no *caput*, diz que estes constituem meios de recuperação “dentre outros”. Portanto, o espírito criativo das partes e de seus advogados, certamente assistidos por técnicos em economia e administração propiciará a criação dos melhores caminhos a trilhar para o plano a ser apresentado.

Nesse mesmo sentido, aponta Rachel Sztajn (2007, p. 232) - atentando, ainda, pela possibilidade de combinações entre os meios:

Da leitura do *caput* infere-se que a enumeração é exemplificativa, podendo ser encontradas outras medidas, além, por óbvio, da eventual combinação de duas ou mais relacionadas nos vários incisos, que atendam ao desiderato – preservar as empresas em crise.

Conforme ensinamento de Luiz Inácio Vigil Neto (2008, p. 167), limita-se essa criatividade em apenas 4 condições, sendo duas de eficácia jurídica e duas de validade jurídica, quais sejam, respectivamente:

- a) Cláusula que proponha a venda de bem dado em garantia, com a supressão ou substituição da garantia (art. 50, § 1º) e a que proponha a conversão dos créditos em moeda estrangeira para moeda nacional (art. 50, § 2º) dependem de expressa concordância desses credores, não sendo elas inválidas, mas sim ineficazes perante os credores que deveriam ser atingidos;
- b) O plano não poderá prever prazo superior a 1 (um) ano para o pagamento dos créditos trabalhistas (art. 54, *caput*) e prazo superior a 30 (trinta) dias para o pagamento dos créditos eminentemente salariais vencidos nos últimos 3 (três) meses e não superiores a 5 (cinco) salários mínimos por credor (art. 54, parágrafo único), sendo que tais cláusulas que contenham estas redações não poderão ser aceitas pelo juiz, pois ferem norma cogente, de interesse público.

O inciso II impõe a necessidade de demonstração da viabilidade econômica do plano.

O que se requer, consoante Rachel Sztajn (2007, p. 267), “é uma demonstração matemática, não jurídica, de que, aplicadas as medidas saneadoras desenhadas no plano, a crise será superada”.

Enquanto que o inciso III exige laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor.

O principal objetivo desse laudo, segundo Celso Marcelo de Oliveira (2005, p. 295), é “mostrar o desempenho econômico e financeiro da empresa no decorrer de um determinado período de tempo, avaliando o seu patrimônio e medindo seus resultados”.

No despacho de processamento feito pelo juiz, este determinará que seja publicado um edital avisando aos credores sobre o recebimento do plano de recuperação e fixando prazo para que sejam opostas objeções, nos termos do parágrafo único do artigo 53.

6.4 Aprovação do Plano

Após todo o trâmite descrito anteriormente, inicia-se a fase de deliberação do processo de recuperação judicial, isto é, os credores votam o plano apresentado pelo devedor.

O artigo 55 da LRF estabelece que qualquer credor poderá se opor ao plano de recuperação no prazo de 30 dias contado a partir da publicação do edital que se refere o § 1º do artigo 51. E, caso este não tenha sido publicado, contar-se-á a partir do edital previsto pelo parágrafo único do artigo 53.

Segundo Eduardo Secchi Munhoz (2007, p. 270):

o credor eventualmente não incluído na relação publicada nos termos do artigo 7º, § 2º, porém, pode obter o reconhecimento judicial da existência de seu crédito, ainda que por decisão liminar ou tutela antecipada, caso em que não parece haver dúvida quanto à sua legitimidade para impugnar o plano de recuperação.

Assim, ainda que determinado credor não estiver presente na relação entregue juntamente com a petição inicial pela empresa requerente, este terá direito a voto se obtiver autorização judicial por meio de liminar.

Se não houver qualquer objeção por parte dos credores, o plano estará aprovado independentemente da realização de assembleia geral dos credores, como indica o artigo 58. Contudo, isto não ocorre frequentemente, sendo a convocação da assembleia geral o mais comum.

Nos termos do § 1º do artigo 56, o prazo para a realização da assembleia é de 150 dias a partir do despacho de processamento da recuperação

judicial. Não é estabelecida nenhuma sanção ao devedor caso isso não ocorra; mas terá alguma implicação quando transcorrer 180 dias do referido despacho, pois, se não tiver ocorrido a assembleia nesse período, as ações e execuções interrompidas pelo processamento da recuperação voltarão a tramitar (art. 6º, § 4º da Lei 11.101/05).

Conforme § 2º do artigo 56, durante a realização da assembleia geral, poderão ser indicados os membros do Comitê de Credores, na forma do artigo 26, se já não estiver constituído; além de ser possível a alteração do plano mediante expressa concordância do devedor e desde que não impliquem diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes (§ 3º).

Caso rejeitado o plano, o juiz decretará a falência do devedor (§ 4º).

Para o plano ser aprovado, deverão ser observadas as regras de votação descritas no artigo 45 da Lei 11.101/05.

Para tanto, os credores são separados em três classes distintas: os titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho; titulares de créditos com garantia real; e titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados.

Os credores com garantia real votam na segunda classe até o limite do bem gravado, e na terceira classe com o crédito remanescente. Por exemplo: O credor "A" possui crédito de R\$ 150.000,00, havendo garantia hipotecária no valor de R\$ 80.000,00. Desta forma, "A" votará com R\$ 80.000,00 na segunda classe e com R\$ 70.000,00 - crédito remanescente - na terceira classe. A definição desses valores e a classificação dos respectivos serão relevantes para a votação, como será visto a seguir.

Conforme ensinamento de Manoel Justino Bezerra Filho (2009, p. 119):

na classe dos credores com garantia real e na outra dos quirografários e demais (incisos II e III do art. 41), a proposta deverá ser aprovada cumulativamente pela metade mais um dos créditos presentes, e pela maioria simples dos credores presentes. Já na classe dos trabalhistas (inciso I do art. 41), a proposta deve ser aprovada pela maioria simples dos presentes, sem qualquer consideração ao valor dos créditos.

Nesse mesmo sentido, Fábio Ulhoa Coelho aponta (2010, p. 46) que o plano deve ser aprovado nas três classes, sendo na classe dos empregados, “pelo voto favorável de mais da metade dos credores, desprezado o valor dos seus créditos; nas demais, pelo voto favorável de mais da metade da totalidade dos créditos correspondentes e também pela maioria dos credores presentes ao evento”.

Para exemplificar a aprovação de um plano de recuperação judicial, considera-se uma assembleia geral dos credores com a presença de 80 trabalhadores com crédito de R\$ 120.000,00; 3 credores com garantia real no valor de R\$ 210.000,00; e 180 credores na terceira classe somando R\$ 240.000,00.

Após as deliberações e a votação, colhe-se o seguinte resultado:

- I) 43 trabalhadores, que somavam R\$ 55.000,00 dos créditos da 1ª classe, aprovaram o plano;
- II) 2 credores com garantia real, que somavam R\$ 140.000,00 dos créditos da 2ª classe, aprovaram o plano; e
- III) 120 credores da terceira classe, que somavam R\$ 121.000,00 aprovaram o plano.

Com este resultado o plano de recuperação judicial da empresa requerente estaria aprovado, mesmo que o valor do crédito da 1ª classe tenha sido inferior à metade, pois este não é requisito nesta classe.

Noutro giro, se, ao invés de 120 credores da terceira classe tivessem aprovado, apenas 70 assim entendessem, com o mesmo número de crédito, o plano estaria rejeitado por não ter aprovação de mais da metade dos credores de uma classe, *a priori*.

Para essas situações em que o plano é quase aprovado, o legislador falimentar utilizou-se de um mecanismo da legislação norte-americana, chamado *cramdown*, instituído no artigo 58 da Lei 11.101/05.

Esse mecanismo autoriza que o juiz conceda a recuperação judicial se a votação da assembleia geral revelar o seguinte resultado: o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classes; 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; e, 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.

Dessa forma, mesmo com a alteração proposta – aprovação de 70 credores na 3ª classe, representando R\$ 121.000,00 –, o juiz poderia conceder a recuperação judicial, haja vista o número destas aprovações ser superior a 1/3 do total, já estar aprovado nas demais classes e o crédito das aprovações também superar a metade.

Nesse mesmo sentido é a aplicação da jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. "CRAM DOWN". PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. Decisão que tem por finalidade assegurar a possibilidade de superação da situação de crise econômico-financeira da agravada, permitindo 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. Manutenção da decisão recorrida. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. (Agravo de Instrumento Nº 70048398374, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em 27/06/2012)

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul negou provimento ao agravo de instrumento interposto pelo credor TOWERBANK INTERNACIONAL INC que objetivava a rejeição do plano de recuperação apresentado pela agravada BRASFUMO INDÚSTRIA BRASILEIRA DE FUMOS S/A, cuja aprovação foi feita pelo mecanismo do *cramdown*.

Neste julgado, inclusive, o juiz de 1ª instância concedeu e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul confirmou a recuperação judicial mesmo com aprovação de 20,65% dos créditos da terceira classe, pois apenas um dos credores detinha 73,25% dos créditos quirografários, o que inviabilizaria a recuperação, haja vista o poder absoluto deste credor em vetar tal concessão. Isso em razão do espírito da Lei 11.101/05, conforme voto da Desembargadora Relatora Isabel Dias Almeida:

Nesse contexto, entendo que rejeição vai de encontro ao espírito da Lei nº 11.101/2005, que tem por finalidade assegurar a possibilidade de superação da situação de crise econômico-financeira da agravada, permitindo 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.

No caso, a norma do art. 58 da Lei foi adequadamente mitigada para não inviabilizar a aprovação do plano e a manutenção da empresa, sendo correto o deferimento do plano mediante a utilização do instrumento denominado de “cramdown”.

Diante dos princípios informadores da recuperação judicial, tais como preservação da empresa, função social e interesses dos credores, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul mitigou a exigência de 1/3 de determinada classe, no caso concreto.

A única exceção para a não aplicação do *cramdown* quando preenchidos os requisitos é se o plano implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado (§ 2º do artigo 58 da Lei 11.101/05).

6.5 Efeitos sobre os Credores

A partir do despacho de processamento da recuperação judicial, iniciam-se alguns efeitos sobre os créditos dos credores.

O artigo 6º da Lei 11.101/05 reza que “o deferimento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário”. A seguir, o § 4º desse mesmo artigo estipula o prazo de 180 dias de suspensão das ações citadas, e, findo este prazo, os direitos dos credores de iniciar ou continuar suas respectivas ações independem de pronunciamento judicial.

Fábio Ulhoa Coelho (2010, p. 42) justifica essa suspensão das ações contra os devedores “para que eles tenham fôlego necessário para atingir o objetivo pretendido da reorganização da empresa”. E “se as execuções continuassem, o devedor poderia ver frustrados os objetivos da recuperação judicial, em prejuízo, em última análise, da comunhão dos credores”.

Existem exceções a respeito dessa suspensão: os créditos trabalhistas poderão ser apurados na justiça especializada até a apuração do seu respectivo crédito, que será inscrito no quadro geral de credores, nos termos do § 2º, do mesmo artigo 6º; e os créditos de natureza fiscal somente serão suspensos se ocorrer o parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica, conforme preceitua o § 7º, do artigo 6º.

Dessa forma, a Fazenda Pública e o Instituto Nacional do Seguro Social não estão sujeitos ao plano de recuperação, podendo conceder o parcelamento do débito ao devedor; não sendo, portanto, obrigatória tal concessão (art. 68 da Lei 11.101/05).

Luiz Inácio Vigil Neto (2008, p. 155) ensina que:

salvo se a Fazenda Pública conceder o parcelamento, a execução fiscal fica imune aos efeitos da ação recuperatória, tendo seguimento normal, ou podendo ser livremente proposta mesmo após o deferimento da petição inicial, inexistindo impedimento legal à satisfação do crédito tributário durante ou após a aprovação do plano reorganizativo.

Dessa maneira é a jurisprudência recente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. SUSPENSÃO DO FEITO ANTE O PROCESSAMENTO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA. LEI 11.101/05. IMPOSSIBILIDADE. PELO IMPROVIMENTO DO AGRAVO. 1. Agravo de instrumento interposto em face de decisão que não acolheu os pedidos formulados na exceção de pré-executividade. 2. In casu, defende o recorrente que o deferimento do processamento da recuperação judicial é legalmente admitido como fato apto a sobrestar as ações e execuções ajuizadas em face do devedor e dos sócios solidários. 3. A legislação que trata especificamente sobre a matéria é clara ao condicionar a hipótese de suspensão da execução fiscal apenas ao caso de concessão de parcelamento, inexistindo, portanto, guarida legal para o pleito da agravante. Conseqüentemente, não sendo passível de suspensão, nada obsta que se realizem atos executivos, como realização de leilão. 4. Precedente do colendo STJ. 5. Agravo de instrumento improvido. (AG 132831, Primeira Turma do TRF5, Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, Dje 08/08/2013)

De forma unânime, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região negou provimento ao agravo de instrumento interposto por IRMÃOS COUTINHO

INDÚSTRIAS DE COUROS S/A – IRCOSA, em face de decisão do Juiz da 16ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco que, nos autos da execução fiscal, não acolheu a alegação de suspensão da execução em razão do deferimento da recuperação judicial da empresa.

Em seu voto, o Desembargador Relator Francisco Cavalcanti decidiu que:

a legislação que trata especificamente sobre a matéria é clara ao condicionar a hipótese de suspensão da execução fiscal apenas ao caso de concessão de parcelamento, inexistindo, portanto, guarida legal para o pleito da agravante. Consequentemente, não sendo passível de suspensão, nada obsta que se realizem atos executivos, como realização de leilão.

Outro efeito ocasionado é a novação dos créditos anteriores ao pedido de recuperação judicial, como reza o artigo 59 da Lei em comento.

A novação destes créditos é tratada pelo artigo 330, inciso I, do Código Civil, o qual estabelece que o devedor contrai com o credor nova dívida para extinguir e substituir a anterior. Contudo, não haverá extinção das garantias da dívida sem o consentimento do credor, como determina a parte final do artigo 59 da Lei 11.101/05.

Para Marcia Carla P. Ribeiro (2009, p. 508):

somente se pode falar em novação das obrigações na recuperação quando as suas condições forem totalmente cumpridas, impossibilitando-se aos credores que busquem seus direitos na configuração originária quanto ao empresário que se submeteu à recuperação, e não para a hipótese de convalidação da recuperação em falência.

Se houver a convalidação da recuperação em falência, os credores serão portadores das obrigações estabelecidas originariamente, nos termos do artigo 61, § 2º, da LRE, como será visto adiante.

Quanto aos créditos constituídos após o pedido de recuperação judicial estes não se sujeitam à recuperação, devendo ser pagos nas datas dos vencimentos, como ensina Amador Paes de Almeida (2012, p. 337). Ainda este mesmo autor, na sequência explica que “são exatamente os créditos de

fornecedores que, após a distribuição do pedido de recuperação, continuarão dando sua contribuição para o soerguimento da empresa”;

Por fim, o artigo 49, *caput*, atribui a regra geral sobre a incidência da recuperação nos créditos existentes e estabelece outras regras a créditos específicos:

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.

A partir da análise deste artigo, pode-se inferir que estão sujeitos à recuperação todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos (*caput*), exceto os titulares 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, de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio (§ 3º), ou, ainda, aqueles créditos decorrentes de adiantamento de contrato de câmbio (§ 4º).

Além daqueles já citados créditos constituídos após a distribuição do pedido, estes dos § 3º e § 4º também fazem parte da exceção, não lhes sendo atribuídos os efeitos da recuperação, tais como a suspensão das ações e execuções promovidas em face do devedor e novação.

No PLC nº 71/2003, o artigo 48, § 3º previa a prevalência, na recuperação judicial, das condições contratuais originais quanto a créditos garantidos por alienação fiduciária ou decorrentes de arrendamento mercantil. Com isso, segundo Celso Marcelo de Oliveira (2005, p. 134), estes credores poderiam se valer da busca e apreensão de bens de sua propriedade que estivessem na posse do devedor, de forma que poderia haver prejuízo de tamanha monta ao devedor a ponto de inviabilizar a recuperação judicial, conforme exemplo dado por este mesmo doutrinador:

Tome-se como exemplo uma indústria gráfica que tenha arrendado as máquinas impressoras com as quais trabalha. Se se der o direito ao arrendador de retirar essas máquinas durante o período de suspensão que caracteriza o início da recuperação judicial, fica inviabilizado o soerguimento da empresa, pois nenhum plano de recuperação será viável se a empresa não contar nem mesmo com a maquinaria indispensável a sua produção.

Ante esse impasse, o projeto de lei foi alterado no Senado Federal para eliminar a possibilidade de busca e apreensão antes dos 180 dias de suspensão. Assim, após esse prazo, os credores do § 3º podem requerer a busca e apreensão, cabendo ao plano aprovado formular condições de pagamento satisfatórias a esses credores, tendo em vista que estes não são submetidos a ele.

O mesmo raciocínio deveria ter sido aplicado aos créditos do § 4º – os decorrentes do adiantamento de contrato de câmbio -, pois, no mais das vezes, eles representam grande parcela do passivo das empresas exportadoras que realizam este contrato de compra e venda de moeda. Como o dinheiro adiantado pela instituição financeira é utilizado para a produção do bem que a empresa vende, por vezes este débito será um dos principais caso a recuperação judicial seja necessária.

Extrai-se essa informação da jurisprudência pátria:

No julgamento do agravo de instrumento nº 2010.3.010543-6 no Tribunal de Justiça do Estado do Pará em que a 5ª Câmara Cível deu provimento ao recurso da empresa em recuperação para obstar a lavratura de protestos dos contratos de adiantamento de cambio firmados entre a agravante e o agravado, devendo ser processados através do plano de recuperação da empresa, nos mesmos termos aplicados aos demais créditos de similar origem, a desembargadora relatora constou em seu voto que os contratos de ACC representam 41,85% do total da dívida da empresa.

Dessa forma, se um dos principais débitos não é submetido ao plano de recuperação judicial, o soerguimento da empresa fica debilitado, atentando contra os princípios da própria recuperação.

Insta salientar, ainda, que, diferentemente do § 3º, o crédito decorrente de adiantamento de contrato de câmbio não é suspenso nem ao menos pelos 180 dias após o deferimento do processamento da recuperação. Isso significa que a instituição financeira pode executar o devedor a qualquer momento.

Neste diapasão é a mais recente decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre essa questão:

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ADIANTAMENTO A CONTRATO DE CÂMBIO - ACC. PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. ARTS. 47 e 49, § 4º, DA LEI Nº 11.101/05. 1. As execuções de títulos de adiantamento a contrato de câmbio - ACC não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial (art. 49, § 4º, da Lei nº 11.101/05). Precedentes. 2. Sem declaração de inconstitucionalidade, as regras da Lei nº 11.101/05 sobre as quais não existem dúvidas quanto às hipóteses de aplicação, não podem ser afastadas a pretexto de se preservar a empresa. 3. Recurso especial provido. (Resp nº 1279525-PA, Terceira Turma, STJ, Ministro Relator Ricardo Villas Boas Cueva, Dje 13/03/2013)

Nesta ocasião, por 3 votos a 2, a Terceira Turma do STJ decidiu que o adiantamento de contrato de câmbio (ACC) não está sujeito ao plano de recuperação judicial, estando em consonância com o artigo 49, § 4º, da Lei 11.101/05. Contudo, como se pode notar, dentro da própria Turma há vozes dissonantes, demonstrando que a regra de exclusão estabelecida pelo *codex* não é juridicamente defendida de forma unânime.

Este julgamento será melhor analisado no capítulo seguinte do presente trabalho, assim como a possibilidade jurídica de inserir o ACC no plano de recuperação.

6.6 Encerramento da Recuperação Judicial

O artigo 61 da Lei 11.101/05 determina que o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 anos após a concessão da recuperação.

Assim, cumpridas todas as obrigações no prazo determinado, o juiz decretará o encerramento da recuperação judicial por sentença, nos termos do artigo 63.

Segundo Waldo Fazzio Junior (2012, p. 191), “o pagamento dos credores e a satisfação de todas as obrigações assumidas no plano de recuperação judicial autorizam o devedor a requerer ao órgão judiciário a sentença de encerramento da recuperação judicial”.

Tal sentença proferida tem natureza declaratória, como ensina Celso Marcelo de Oliveira (2005, p. 307), salientando, ainda, que “a extinção das responsabilidades não se equivale à expressão ‘extinção das obrigações’, figura contemplada na falência”.

É o que entende também Waldo Fazzio Junior (2012, p. 191):

A sentença de cumprimento de recuperação judicial não é declaratória de extinção das obrigações do devedor; Não alcança os débitos renegociados no plano de recuperação. Na verdade, declara que o plano foi cumprido, ou seja, que as obrigações assumidas pelo devedor foram resolvidas pela execução do plano.

Conforme determina o artigo 63, na própria sentença de encerramento deverá constar:

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; a apuração do saldo das custas judiciais a serem recolhidas; 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; a dissolução do Comitê de Credores e a exoneração do administrador judicial; a comunicação ao Registro Público de Empresas para as providências cabíveis.

Gladston Mamede (2012, p. 200) ressalta que o pagamento dos honorários ao administrador judicial somente poderá ser quitado depois de aprovada a prestação de suas contas, no prazo de 30 dias, “além da aprovação do relatório circunstanciado sobre a execução do plano de recuperação pelo devedor”.

Caso não haja o cumprimento das obrigações do plano, ocorrerá a convocação da recuperação judicial em falência.

6.7 Convolação em Falência

A legislação falimentar prevê situações em que o processo de recuperação judicial transmuda-se para a falência. Em outras palavras, a empresa que estava em recuperação tem a sua falência decretada caso ocorra alguma das hipóteses previstas na Lei 11.101/05.

O artigo 73 contempla as quatro situações em que isto ocorrerá:

Art. 73. O juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial:

I – por deliberação da assembléia-geral de credores, na forma do art. 42 desta Lei;

II – pela não apresentação, pelo devedor, do plano de recuperação no prazo do art. 53 desta Lei;

III – quando houver sido rejeitado o plano de recuperação, nos termos do § 4º do art. 56 desta Lei;

IV – por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação, na forma do § 1º do art. 61 desta Lei.

O inciso I refere-se a hipótese de convolação em falência se “maioria do plenário calculada proporcionalmente ao valor dos créditos presentes considerar que a situação de crise econômica, financeira ou patrimonial do devedor é de suma gravidade e que não há sentido em qualquer esforço de reorganização” (COELHO, 2010, p. 224).

Caso o plano não seja apresentado em 60 dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, a convolação em falência será realizada com fundamento no inciso II.

A terceira hipótese ocorrerá se o plano de recuperação for rejeitado na assembleia geral de credores, atentando-se à possibilidade do artigo 58, § 1º, que autoriza o juiz conceder a recuperação através do *cramdown*.

Por fim, o inciso IV contempla a possibilidade de convolação em falência quando o devedor deixar de cumprir obrigação assumida no plano de recuperação durante o prazo de 2 anos estabelecido pelo artigo 61, *caput*. Nesta hipótese, os credores serão atendidos pelo valor e classificação que detinham antes da recuperação, conforme artigo 61, § 2º.

Nota-se, portanto, que o insucesso da recuperação judicial está intimamente ligado com a decretação da falência.

Em razão disso, Fábio Ulhoa Coelho (2010, p. 222) faz a seguinte crítica:

A vinculação do insucesso da recuperação judicial à decretação da falência não deveria existir. Ela propicia o uso fraudulento do instituto por devedores que não se encontram em estado pré-falimentar e apenas desejam locupletar-se às custas de seus credores. O ideal, segundo meu ponto de vista, seria a lei abrir ao juiz a possibilidade de negar a recuperação judicial sem necessariamente decretar a falência. Se o devedor estiver mesmo em estado pré-falimentar, a quebra virá logo, por força da tramitação dos pedidos que certamente já terão sido ajuizados contra ele. E se não estiver nesse estado, a tendência é o devedor procurar satisfazer os seus credores com o objetivo de manter a empresa ativa. É a vinculação entre insucesso da recuperação judicial e decretação da falência que cria o ambiente propício ao desenvolvimento da “indústria da recuperação judicial”.

O parágrafo único do artigo 73 não é hipótese de convolação em falência. Pode ser decretada de forma direta por um dos motivos elencados por ele,

quais sejam: “por inadimplemento de obrigação não sujeita à recuperação judicial, nos termos dos incisos I ou II do *caput* do artigo 94 desta Lei, ou por prática de ato previsto no inciso III do *caput* do artigo 94 desta Lei”.

Tais dispositivos já foram objetos de estudo no presente trabalho. Contudo, há de se ressaltar, segundo Carlos Klein Zanini (2007, p. 335), que “não há convolação porque esta pressupõe uma alteração de estado do devedor, que deixa a recuperação judicial para ingressar na falência”.

Outro ponto a ser observado é o fato de que “no caso deste parágrafo único, o credor deverá ajuizar pedido regularmente instruído, distribuindo-o normalmente, sendo os autos remetidos para o juiz da recuperação, já prevento na forma do § 8º, do artigo 6º” (BEZERRA FILHO, 2009, p. 174).

7 INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA DO ARTIGO 49, § 4º DA LEI 11.101/05

De modo sucinto, essa modalidade de interpretação considera todo o ordenamento jurídico ao aplicar determinado dispositivo legal.

7.1 Distinção entre Princípio e Regra

Inicialmente, deve-se atentar ao fato de que texto e norma não se confundem. Esta segunda é resultado da interpretação do primeiro, de modo que pode ser dividida em princípio, regra ou postulados normativos.

Assim, determinada norma poderá ser vista como princípio, norma ou ambos. Exemplificando: do artigo 297 do Código de Processo Civil, que trata da possibilidade do réu apresentar defesa no prazo de 15 dias, é possível extrair o princípio do contraditório e da ampla defesa, ao passo que também é considerado uma regra imposta ao réu para que alegue toda sua matéria de defesa em um prazo determinado sob pena de consequências preestabelecidas.

Importante, portanto, estabelecer a distinção entre princípios e regras.

Na obra “Teoria dos Princípios”, Humberto Ávila (2013, p. 85) apresenta o conceito de regra da seguinte forma:

são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Enquanto que os princípios, para este mesmo autor, são:

normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação e correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Desse modo, a finalidade imediata da regra é descrever uma conduta para que seus destinatários a sigam e a finalidade mediata é implementar um estado ideal contemplado por um princípio subjacente.

Quanto ao princípio, a finalidade imediata é apontar para um estado ideal de coisas a ser perseguido, sem descrever conduta, e a finalidade mediata é fazer com que seus destinatários adotem uma conduta que promova e seja compatível com este estado ideal.

Fica nítido, assim, que, apesar de serem coisas diversas, os princípios e regras se interpenetram o tempo todo, uma vez que todo princípio possui regras subjacentes, na medida em que toda regra concretiza princípios subjacentes.

Neste mesmo sentido, Guastini(2011, p. 180) *apud* Ávila (2013, p. 136) ensina que:

Os princípios são, portanto, normas que atribuem fundamento a outras normas, por indicarem fins a serem promovidos, sem, no entanto preverem o meio para a sua realização. Eles apresentam, em razão disso, alto grau de indeterminação, não no sentido de mera vagueza, presente em qualquer norma, mas no sentido específico de não enumerarem exaustivamente os fatos em presença dos quais produzem a consequência jurídica ou de demandarem a concretização por outra norma de modos diversos e alternativos.

Assim, a regra deve concretizar o estado ideal de coisas promovido pelo princípio dentro de um sistema, além de complementar e fomentar o espírito desejado por ele.

A fim de sedimentar o tema e não pairar dúvidas quanto o aspecto conceitual da norma-princípio e da norma-regra, Humberto Ávila (2013, p. 90) aponta três diferenças:

Em primeiro lugar, as regras diferenciam-se dos princípios pela *natureza da descrição normativa*: enquanto as regras descrevem objetos determináveis (sujeitos, condutas, matérias, fontes, efeitos jurídicos, conteúdos), os princípios descrevem um estado ideal de coisas a ser promovido.

Em segundo lugar, as regras diferenciam-se dos princípios pela *natureza da justificação* que exigem para serem aplicadas: as regras exigem um exame de correspondência entre a descrição e os atos praticados ou fatos ocorridos, ao passo que os princípios exigem uma avaliação da correlação positiva entre os efeitos da conduta adotada e o estado de coisas que deve ser promovido.

Em terceiro lugar, as regras distinguem-se dos princípios pela *natureza da contribuição* para a solução do problema: enquanto as regras têm pretensão de decidibilidade, pois visam a proporcionar uma solução provisória para um problema conhecido ou antecipável, os princípios têm pretensão de complementariedade, já que servem de razões a serem conjugadas com outras para a solução de um problema.

Quanto a aplicação e conflito dessas normas existem os seguintes pensamentos.

Para Dworkin(s.d., p. 43) *apud* Ávila (2013, p. 39), “as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada, no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida”.

Por outro lado, Alexy(s.d., p. 77) *apud* Ávila (2013, p. 41) aponta que as regras jurídicas são:

normas cujas premissas são, ou não, diretamente preenchidas, e no caso de colisão será a contradição solucionada seja pela introdução de uma exceção à regra, de modo a excluir o conflito, seja pela decretação da invalidade de uma das regras envolvidas

Nota-se que, a respeito do modo de aplicação das regras, Alexy complementa Dworkin no sentido de que não deve ser aplicado o método do tudo ou nada, pois há casos em que a própria lei estabelece exceções às regras e apenas quando estas são inexistentes deverá ser considerada a invalidade de uma das regras a fim de solucionar a antinomia, através dos métodos clássicos de especialidade, cronológico e hierárquico.

Em relação aos princípios, Dworkin(s.d., p. 26) *apud* Ávila (2013, p. 40) ensina que “ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso

(*dimensionofweight*), demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade". Neste ponto, Alexy(s.d., p. 17) *apud* Ávila (2013, p. 40) não destoa de Dworkin quando há ocorrência de colisão de princípios, pois, para ele:

a solução não se resolve com a determinação imediata da prevalência de um princípio sobre outro, mas é estabelecida em função da ponderação entre os princípios colidentes, em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe a prevalência.

Quanto a interpretação do texto de lei, a Desembargadora Luzia Nadja Guimarães Nascimento tem o seguinte entendimento, exarado no julgamento do agravo regimental interposto por Banco Industrial e Comercial S/A em face de decisão monocrática proferida em agravo de instrumento ajuizado por SIDERÚRGICA IBÉRICA DO PARÁ S/A, pela qual foi determinada a suspensão da execução dos créditos decorrentes do contrato de adiantamento de cambio firmado entre a SIDERÚRGICA e o BICBANCO:

Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e as exigências do bem comum. Para aplicar o direito, o juiz terá, antes de interpretá-lo, descobrir não a vontade do legislador, mas a *volunta legis*, a vontade atual da lei, o verdadeiro significado, a extensão do seu comando. O texto da lei não é mais do que um complexo de palavras que servem para a manifestação da vontade, é a casca exterior que encerra um pensamento, é o corpo de um conteúdo espiritual; a missão do interprete é justamente descobrir o conteúdo real.

Desta feita, para a solução de conflito entre princípios, deverá ser feita a ponderação dos valores na análise do caso concreto, sopesando os valores em jogo, para determinar qual prevalecerá, sendo que a prevalência de um não aniquilará o outro.

De acordo com Ávila (2013, p. 105), os princípios possuem três funções, quais sejam: definitória, interpretativa e bloqueadora.

Definitória porque "delimitam, com maior especificação o comando mais amplo estabelecido pelo sobreprincípio axiologicamente superior", citando como exemplo o fato de que o princípio da proteção da confiança e da boa-fé

objetiva devem especificar, para situações mais concretas, a abrangência do sobreprincípio da segurança jurídica.

Interpretativa em razão de servirem "para interpretar normas construídas a partir de textos normativos expressos, restringindo ou ampliando seus sentidos".

E, por fim, bloqueadora, "porquanto afastam elementos expressamente previstos que sejam incompatíveis com o estado ideal de coisas a ser promovido".

Esta última função, portanto, veda que regras expressas em um texto sejam contrárias aos ideais estabelecidos pelos princípios de determinado sistema ou microssistema jurídico.

Da mesma forma que é possível o conflito entre duas regras, entre dois princípios, é possível também o conflito entre uma regra e um princípio. Isto é, é possível, no caso concreto, existir uma regra que deva ser aplicada por imposição de um texto claro e positivado, mas ao mesmo tempo deparar-se com um princípio que, *a priori*, vá contra a aplicação desta regra.

Em razão desses casos, é necessário tecer as considerações a seguir.

Humberto Ávila (2013, p. 111) destaca o equívoco que é costumeiramente cometido pelos chamados juspublicistas no sentido de que a violação de um princípio é muito mais grave que a transgressão de uma regra. Este autor considera falsa essa afirmação porque ela parte de dois pressupostos: que um princípio vale mais do que uma regra, quando, na verdade, eles possuem funções e finalidades diferentes; e que a regra não incorpora valores, quando, na verdade, ela os cristaliza.

Para completar o raciocínio, afirma que:

como as regras possuem um caráter descritivo imediato, o conteúdo do seu comando é muito mais inteligível do que o comando dos princípios, cujo caráter imediato é apenas a realização de determinado estado de coisas. Sendo assim, mais reprovável é descumprir aquilo que "se sabia" dever cumprir. Quanto maior for o grau de conhecimento prévio do dever, tanto maior a reprovabilidade da transgressão. De outro turno, é mais reprovável violar a concretização definitiva do valor na regra do que o valor pendente de definição e de complementação de outros, como ocorre no caso dos princípios. Como se vê, a reprovabilidade deve - é o que se defende neste trabalho - estar associada, em primeiro lugar, ao grau de conhecimento do comando e, em segundo lugar, ao grau de pretensão de decidibilidade.

Com essa explicação, conclui-se que a violação de uma norma que já se conhece (regra) é mais grave que a violação de uma norma que tem como função servir de razão complementar ao lado de outras razões para, enfim, tomar uma decisão (princípio). Isso em razão de que "o grau de conhecimento do dever a ser cumprido é muito maior do que aquele presente no caso dos princípios, devido ao caráter imediatamente descritivo e comportamental das regras".

A partir daí tem-se que as regras possuem uma rigidez maior, de forma que sua superação somente é admitida por fortes razões para tanto, "quer na própria finalidade subjacente à regra, quer nos princípios superiores a ela" (ÁVILA, 2013, p. 111).

Isso explica a denominada função eficaz de trincheira das regras atribuída por Ávila (2013, p. 111), fazendo uma comparação com as fortificações defensivas utilizadas em guerra, no sentido de ser um obstáculo maior para a superação do que o criado pelos princípios.

Apesar da rigidez das regras, elas não são absolutas, mas também não são superáveis com facilidade. Humberto Ávila (2013, p. 128) enumera três requisitos para que elas possam ser superadas: justificativa, fundamentação e comprovação condizentes. A primeira se divide em dois fatores.

O primeiro fator é a demonstração da incompatibilidade da regra com sua finalidade subjacente.

Ao definir esse fator, Ávila silenciou quanto a possibilidade de a hipótese da regra ir contra princípios que deveriam delimitá-la, mas que acaba por contrariá-los em um determinado caso concreto.

Noutros dizeres, é possível, no caso concreto, que uma regra estabelecida em um sistema ou microssistema jurídico seja incompatível com os próprios princípios que os norteiam e são sua base e estrutura.

Se existe uma norma-princípio que indica quais são os estados ideais a serem perseguidos para o restante dos dispositivos a serem elaborados, não há razão lógica para que venha uma norma-regra que contrarie tais princípios num determinado caso e não seja superada por eles.

Não se pode permitir que uma regra não seja superada quando contrarie os princípios informadores.

Assim, o primeiro fator engloba a demonstração da incompatibilidade da regra com sua finalidade subjacente ou sua incompatibilidade com os princípios informadores do sistema em que está inserida.

Em seu voto no julgamento do Recurso Especial nº 1.279.525/PA, a Ministra Nancy Andrighi, seguindo os ensinamentos de Humberto Ávila, ensinou que “admite-se excepcionalmente a superação de regras com base em princípios, desde que haja razões suficientemente fortes para tanto, quer na própria finalidade subjacente à regra ou nos princípios que lhe dão suporte” (original não grifado).

O segundo fator conforme Humberto Ávila (2013, p. 125) é que a situação excepcional que permite a superação da regra não pode ser facilmente reproduzível por outros demandantes. Em outras palavras, uma regra não pode ser superada em um determinado caso concreto se a particularidade apontada neste pode ser facilmente alegada em outras demandas.

Para exemplificar essa situação, Ávila (2013, p. 124) dispõe:

Uma regra condicionava a apresentação de determinado recurso à juntada de cópias legíveis da decisão recorrida e dos documentos que comprovassem a discussão existente nos autos. O caso concreto diz respeito a um recurso apresentado sem a juntada de cópias da petição e do despacho que a indeferiu. Inconformado com o indeferimento, o recorrente interpôs o recurso, alegando violação ao princípio da universalidade da jurisdição e excessivo formalismo na interpretação da regra que exigia a juntada de documentos. O tribunal, contudo, manteve a decisão, sob o argumento de que o recorrente deve instruir seu recurso com todas as peças essenciais ao entendimento do assunto nele tratado, já que essa exigência não está a serviço do formalismo inseqüente, mas da segurança das partes e da garantia do devido processo legal.

Nota-se que, caso o Tribunal aceitasse o recurso do demandante, ele teria que conhecer dos milhares dos processos irregulares, apenas em nome do princípio do acesso à tutela jurisdicional.

Assim, como a superação da regra é excepcional, quando a mesma situação for facilmente alegada por outros demandantes não haverá a superação,

pois comprometeria a segurança jurídica e as futuras partes não saberiam qual regra obedecer.

O segundo requisito é a fundamentação condizente, pois “é preciso exteriorizar, de modo racional e transparente, as razões que permitem a superação” (ÁVILA, 2013, p. 128).

Por fim, o terceiro requisito é a comprovação condizente, haja vista que a mera alegação não pode ser considerada suficiente para a superação de uma regra. Nesse sentido, Humberto Ávila leciona (2013, p. 128):

não sendo necessárias, notórias nem presumidas, a ausência do aumento excessivo das controvérsias, da incerteza e da arbitrariedade e a inexistência de problemas de coordenação, altos custos de deliberação e graves problemas de conhecimento devem ser comprovados por meio de provas adequadas, como documentos, perícias ou estatísticas.

Portanto, deve estar comprovado, por meio de documentos, perícias, estatísticas, que a excepcional superação da regra não provocará aumento excessivo das controvérsias, incertezas, arbitrariedades, problemas com coordenação e graves problemas de conhecimento.

Atendidos esses requisitos, é possível que a regra, tratada como rígida, seja superada.

7.2 Aplicação ao Artigo 49, § 4º da Lei 11.101/05

Neste tópico serão aplicadas, no caso prático do adiantamento de contrato de câmbio na recuperação judicial, as considerações apresentadas acerca dos princípios e regras.

Inicialmente, deve-se aplicar o conceito de ambos para definir quais artigos a serem comentados são princípios e quais são regras.

O artigo 47 da Lei 11.101/05 comentado no tópico 6.2 dispõe sobre os princípios que devem reger a recuperação judicial.

Trata-se de uma norma-princípio, pois ela indica quais são os estados ideais a serem promovidos na recuperação da empresa. Assim, os demais dispositivos devem estar em consonância com o ideal de preservação da empresa, sua função social, o estímulo à atividade econômica, além de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores.

Este dispositivo está concretizando, ainda, o norte traçado pela Constituição Federal de 1988 no Capítulo I do Título VII que estabelece os princípios gerais da atividade econômica. O artigo 170 reza que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observando os princípios da função social da propriedade (inciso III), redução das desigualdades regionais e sociais (inciso VII) e a busca do pleno emprego (inciso VIII), viabilizando um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, o desenvolvimento nacional (artigo 3º, III da CF/88).

Um exemplo que efetiva esses princípios é o artigo 54 e seu parágrafo único da Lei 11.101/05:

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.

Esse artigo evidencia a proteção dada aos trabalhadores, concretizando o princípio da redução da desigualdade social ao delimitar prazo para pagamento e quantidade mínima a ser paga, haja vista o caráter alimentar do crédito.

Outro exemplo que demonstra a preocupação em materializar um dos princípios é o artigo 50 citado no tópico 6.3. Ele concretiza o princípio da preservação da empresa ao apresentar inúmeros meios exemplificativos para viabilizar a recuperação.

Se por um lado o artigo 47 pode ser definido como uma norma-princípio, o artigo 49, § 4º, a partir dos ensinamentos de Humberto Ávila, deve ser

tratado como norma-regra, pois determina de forma imediata uma conduta a ser seguida pelo intérprete da lei, qual seja a de não incluir os créditos derivados de adiantamento de contrato de câmbio no plano de recuperação judicial.

Aparentemente esses artigos não apresentam qualquer conflito entre si. Contudo, poderá ocorrer, em um caso concreto, que a aplicação do artigo 49, § 4º impossibilite a concretização dos estados ideais promovidos pelo artigo 47.

Como já mencionado no tópico 6.5, o Tribunal de Justiça do Estado do Pará julgou um agravo de instrumento interposto pela Siderúrgica Ibérica S/A em que o HSBC Bank Brasil S/A é o agravado.

Nesse caso, a Desembargadora Relatora Luzia Nadja Guimarães Nascimento fez constar em seu voto que o crédito do agravado derivado de adiantamento de contrato de câmbio representava 41,85% do total da dívida da empresa.

Pelo volume de um único passivo extraconcursal, imagina-se que o soerguimento da empresa fica completamente comprometido, pois terá que pagar quase metade do seu débito total sem este ser submetido a qualquer suspensão. Para não ficar apenas no campo das alegações, é possível a realização de laudos que comprovem a situação calamitosa.

Pois bem. Aqui está estabelecida uma hipótese em que o artigo 49, § 4º está em conflito com o artigo 47.

Conforme o raciocínio apresentado por Humberto Ávila, a norma-regra do artigo 49, § 4º tem eficácia de trincheira, sendo rígida e de difícil superação se comparada com a norma-princípio do artigo 47, em razão do grau de conhecimento do dever a ser cumprido que se tem daquela em relação a esta, além dos demais motivos apresentados no tópico anterior no que tange a possibilidade de prevalência de princípio sobre regra.

Assim, é pior a transgressão da regra do artigo 49, § 4º do que dos princípios do artigo 47. Porém, há exceção: se houver fortes razões fundamentadas os princípios poderão prevalecer.

É o que se pretende demonstrar. Para isso, considera-se a hipótese da Siderúrgica Ibérica que possui 41,85% do débito total referente a crédito derivado de

ACC e em razão disso há comprovação de que a exclusão desse crédito do plano de recuperação inviabilizará o soerguimento da empresa.

Inicialmente, dentre as três funções dos princípios, existe a bloqueadora, cuja função é afastar elementos expressamente previstos que sejam incompatíveis com o estado ideal de coisas promovido.

De forma genérica, a exclusão do ACC do plano de recuperação não é incompatível com o estado ideal de preservação da empresa, de sua função social, da atividade econômica. Mas, em determinados casos, como a hipótese em análise, poderá ocorrer esta incompatibilidade.

Quando se deparar com esta situação, o operador do Direito deverá levar em consideração a função bloqueadora dos princípios e impedir a interpretação da norma do artigo 49, § 4º da forma como está expressa, dando importância aos princípios neste momento.

Após esta constatação, outro aspecto a ser analisado é o de que a regra do artigo 49, § 4º não estará cumprindo com sua função mediata - implementar um estado ideal contemplado por um princípio sobrejacente - na hipótese em análise, pois não estará implementando os princípios que são tomados como basilares da recuperação: a preservação da empresa, função social, manutenção da atividade econômica, continuidade dos empregos.

Ademais, deve-se atentar àqueles requisitos necessários para a superabilidade das regras apresentados por Ávila.

O primeiro fator inserido no primeiro requisito - justificativa condizente - é demonstrar a incompatibilidade da regra com sua finalidade subjacente ou sua incompatibilidade com os princípios informadores do sistema em que está inserida.

O segundo fator é que a situação excepcional que permite a superação da regra não pode ser facilmente reproduzível por outros demandantes.

Ambos os fatores estão presentes na hipótese em apreço, a uma porque a incompatibilidade da regra com os princípios é nítida, devido as razões já apresentadas, a duas porque não é simples futura empresa que desejar a recuperação alegar que o débito referente a ACC inviabilizará seu propósito, haja

vista que tal argumento deverá ser meticulosamente demonstrado através de provas.

O segundo requisito é a fundamentação condizente. Por óbvio, não só porque o propósito é mitigar a aplicação de uma regra, mas em razão de que todo ato judicial deverá ser fundamentado (artigo 93, IX, CF/88).

O último requisito é a comprovação condizente mediante documentos, perícias, estatísticas do motivo em que está fundada a superação da regra. A mera alegação não tem o condão de afastar a incidência da regra. Contudo, na hipótese prática em comento é perfeitamente possível a demonstração através de laudos e estudos econômico-financeiros elaborados por profissionais capacitados, de que a exclusão do ACC do plano recuperacional inviabilizará o soerguimento da empresa.

Assim, diante do apresentado, se comprovado esse empecilho, a excepcionalidade da superação da regra é necessária, pois, caso contrário, o artigo 49, § 4º estará em descompasso com todos os princípios estabelecidos como alicerce da recuperação judicial. Todo o microssistema é elaborado com o propósito de manutenção da empresa como fonte produtora, geradora de empregos e tributos e, no caso apresentado e nos demais semelhantes, a regra estará colidindo frontalmente com o propósito da Lei 11.101/05.

A Desembargadora Relatora Luzia Nadja Guimarães Nascimento tem entendimento nesse sentido, corroborando com a tese aqui defendida, conforme consta em seu voto no julgamento do agravo de instrumento nº 2010.3.010543-6 do Tribunal de Justiça do Pará (caso da Siderúrgica Ibérica x HSBC Bank Brasil):

Particularmente, entendo, neste caso específico, que mitigar o caráter extraconcursal dos contratos de ACCs, não se trata apenas de uma possibilidade jurídica, é mais que isso, acredito que seja a única solução constitucionalmente aceitável.

E concluiu da seguinte forma:

Assim, por todo exposto, entendo que uma vez constatada a impossibilidade fática de coexistência harmônica entre os preceitos dos arts. 47 e 49, § 4º da Lei de Recuperação de Empresas, deve, o aplicador do direito optar por aquele que melhor se alinha aos objetivos da República e

aos princípios constitucionais da ordem econômica, no presente caso o art. 47, pois se própria Constituição aponta firme e incontestemente, desde as primeiras linhas (Preâmbulo), o compromisso com o desenvolvimento, entendo, que não haverá legitimidade na aplicação do art. 49, § 4º da LRE, se para tanto, for inviabilizado o princípio geral da norma, a preservação da empresa.

A Juíza Convocada Elena Farag acompanhou o voto da relatora em sua integralidade enquanto o Desembargador Constantino Augusto Guerreiro divergiu.

O caso chegou ao Superior Tribunal de Justiça por meio do Recurso Especial nº 1.279.525/PA. No julgamento, o Ministro Relator Ricardo Villas BôasCueva deu provimento ao recurso para que os créditos derivados de ACC não fossem incluídos no plano de recuperação judicial, constando em seu voto a possível incompatibilidade entre princípios e regra e estabeleceu que “o que há na Lei nº 11.101/05 é a opção clara e direta do legislador, feita na letra do § 4º do seu art. 49, no sentido de preservar a restituição do ACCs pela via independente à do plano de recuperação”. *Data vênia* ao Ministro Villas BôasCueva, não é concebível uma visão simplista dessa situação ante a incongruência, no caso julgado, de princípios basilares da recuperação judicial e o artigo 49, § 4º.

Para dar provimento ao recurso da instituição financeira utilizou-se, também, do seguinte argumento:

Se de um lado a solução dada ao caso origem se apresenta harmônica em si, sob a perspectiva econômica e da estabilidade contratual, o desprestígio da solução legal para privilegiar os postulados defendidos no julgado mostra-se indesejável porque compromete a fluidez dos investimentos lastreados na modalidade do crédito em questão (largamente utilizado pelos exportadores), encarecendo o custo da captação de recursos e dificultando a geração de renda, emprego, inovação e a arrecadação de tributos.

Contrapondo o apontado pelo Ministro, e negando provimento ao recurso, a Ministra Nancy Andrighi votou da seguinte forma:

[...] Não se ignora a importância das exportações para a economia do país, sobretudo após a globalização mundial, mas não podem elas prevalecer sobre créditos de caráter alimentar. Nem se diga que a sujeição dos ACC's à recuperação judicial geraria retração desse tipo de empréstimo no mercado e/ou elevação das taxas de juros, em prejuízo dos próprios exportadores. Outras modalidades de linha de crédito, inclusive aquelas

destinadas a pessoas jurídicas e voltadas especificamente para incentivar o desenvolvimento da economia, estão sujeitas à recuperação judicial e, nem por isso, têm sua oferta reduzida. Quanto aos juros praticados, a questão se resolve pela prática de uma política de governo tendente à redução desse encargo, como a verificada atualmente, e não na concessão de vantagens desproporcionais à instituição financeira para artificialmente reduzir seus custos, em detrimento do próprio tomador do empréstimo e dos seus empregados e demais credores. Aliás, como bem anota Ecio Perin Junior, um dos principais objetivos da nova Lei de Falências é “ampliar o acesso ao crédito e reduzir seu custo no Brasil, ou seja, dar condições para a diminuição do *spread* bancário”. Nesse contexto, o autor destaca que a necessidade de diminuição do *spread* bancário foi, inclusive, apresentado como justificativa para beneficiamento dos bancos, mas ressalva que “tal favorecimento tem-se mostrado ineficaz quanto à pretensa redução de juros, proporcionando, em realidade, um dos maiores obstáculos para o êxito de muitos processos de recuperação judicial, colocando em risco o sucesso da própria lei falitária” (Curso de direito falimentar e recuperação de empresas, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 408-412).

Para a Ministra, não cabe ao legislador proporcionar privilégios desproporcionais a determinado setor com a justificativa de redução dos juros. Cabe ao governo estabelecer medidas políticas para que o *spread* bancário seja baixo e não utilizar a legislação da forma como bem entender, contrariando, inclusive, princípios constitucionais.

Na conclusão de seu voto, consignou que “a regra do art. 49, § 4º, representa um desvirtuamento do espírito condutor da própria Lei nº 11.101/05, constituindo muito mais um benefício aos bancos do que uma proteção ao exportador ou incentivo à exportação”.

Apesar dos argumentos da Ministra Nancy Andrighi, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso por 3 votos a 2, sendo a Ministra acompanhada apenas pelo Ministro Massami Uyeda, enquanto que os Ministros Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino acompanharam o Ministro Relator.

Sintetizando, o ideal seria que o artigo 49, § 4º fosse complementado no sentido de que se a exclusão do ACC inviabilizar a recuperação judicial, o crédito deverá ser incluído no plano: § 4º Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei, salvo se, comprovadamente, sua exclusão inviabilizar o soerguimento da empresa recuperanda.

8 CONCLUSÃO

Pelo exposto, tanto o contrato de câmbio, quanto o adiantamento dele são regulados pelo Banco Central, através do Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais. Tal adiantamento é um mecanismo utilizado por bancos autorizados necessário para a economia brasileira, pois possibilita ao exportador produzir uma quantidade de produtos que não conseguiria sem esta operação.

A importância disso não se restringe apenas ao particular que utiliza o ACC, mas também está ligado à economia brasileira como um todo – micro e macroeconomia. Quanto maior o número de bens produzidos e exportados, maior será a entrada de capital estrangeiro, favorecendo a balança comercial, essencial para o pagamento dos custos da manutenção do próprio país.

Além disso, é nítida a percepção de que para produzir bens é necessário mão-de-obra, de modo que diminui a quantidade de população ociosa existente. E, quanto maior a entrada de recursos no país e a produção de empregos, maior será o Produto Interno Produto (PIB) do país e a geração de impostos e taxas ao Governo.

Nota-se, também, que é um contrato regulado por formalidades determinadas pelo Banco Central, através do Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais, atualizado constantemente, sujeito também, às regras de inadimplência determinadas pelo Código Civil.

A definição da natureza jurídica dessa modalidade de contrato é de extrema relevância, pois, a partir do momento em que é considerado como um contrato de compra e venda, surgem reflexos jurídicos, como, *v.g.*, a transferência de patrimônio no momento da tradição do valor antecipado. A partir disso, haverá implicações tanto em caso de falência, como recuperação judicial da empresa exportadora.

Na falência, há créditos que são submetidos à classificação geral dos credores e outros são extraconcursais, devendo ser pagos antes que se inicie o

pagamento dos que estão inseridos em tal classificação, como é o caso do adiantamento de contrato de câmbio.

Contudo, esse privilégio é veemente criticado por parte da doutrina e jurisprudência, por entenderem que não há razão alguma para que essa modalidade de crédito possua tal benefício, em razão de ser quirografário. Enquanto que a outra corrente doutrinária e jurisprudencial, e nesta está o posicionamento do STF, entende que o privilégio é justificado porque quanto maior a garantia da instituição financeira de que irá receber o pactuado no contrato, mais fácil é o empréstimo aos exportadores e menores serão as taxas de juros praticadas.

Ao fim do estudo, nota-se que a primeira corrente está com a razão, pelos seguintes motivos:

O contrato de adiantamento de contrato de câmbio nada mais é que um contrato de compra e venda com entrega futura realizado entre a instituição financeira e o exportador, na medida em que aquela cumpre sua prestação – entregar o dinheiro relativo ao capital estrangeiro a ser recebido pelo exportador – no momento da pactuação, enquanto que este cumpre sua prestação – entregar o capital estrangeiro (ex: dólar, euro) recebido em razão de exportação de determinado bem – no momento em que receber o pagamento da empresa estrangeira compradora do bem produzido.

A partir dessa definição é possível tirar a seguinte conclusão: por ser contrato de compra e venda, o dinheiro recebido pela empresa exportadora é incorporado em seu patrimônio no momento em que o recebe da instituição financeira, não havendo que se falar, portanto, em restituição de bem em posse de terceiro, pois não faz mais parte do patrimônio da instituição financeira.

Outro ponto a ser destacado é o fato de que tratar o crédito derivado de ACC como extraconcursal fere o princípio da igualdade protegido pela Constituição Federal. Isso porque todos os demais créditos derivados de contratos de compra e venda que não possuem garantia real estão inseridos na categoria dos quirografários. Não havendo qualquer motivo suficientemente importante e particular para que um crédito de natureza semelhante a outro seja tratado de forma distinta, ambos devem estar presentes na mesma classe de créditos, em compasso com o artigo 5º, caput, da Constituição Federal.

O motivo aventado pelos defensores deste privilégio não é suficiente para tratar os créditos derivados de ACC de modo diverso dos demais créditos que possuem a mesma natureza jurídica, pois a questão dos juros praticados deve ser resolvida com a prática de uma política de governo eficiente para a redução do encargo, e não através de vantagens indevidas às instituições financeiras, sob a justificativa de redução artificial de seus custos.

Na recuperação judicial da empresa exportadora, o crédito derivado de ACC não é incluído no plano recuperacional. Desse modo, ele poderá ser cobrado da empresa em recuperação sem qualquer período de suspensão.

A princípio não há qualquer impedimento para que haja essa exclusão. Contudo, por vezes, os valores dessa modalidade de crédito são vultuosos, de modo a inviabilizar completamente o soerguimento da empresa, pois esta terá que desembolsar valores de grande monta de suas reservas, que ajudariam na recuperação.

Assim, fica instalada uma celeuma. De um lado, a norma-regra que determina a exclusão do crédito do plano de recuperação e, de outro, a principal finalidade da lei, sustentada por seus princípios informadores. Chega-se, portanto, na ideia da Teoria Geral do Direito, mais especificamente no conflito entre regra e princípio.

A regra, por ter sido pensada e construída pelo legislador que, ao menos em tese, previu suas possíveis contradições com o restante do ordenamento, possui eficácia de trincheira. Isto é, somente poderá ser superada por sérias razões, como as apresentadas por Humberto Ávila em sua obra Teoria dos Princípios.

O artigo 49, § 4º, que prevê a regra da exclusão, não concretiza e fomenta, em certos casos, os princípios que deveriam ser vistos como a base e estrutura para a elaboração de qualquer regra do microssistema da Lei 11.101/05 (função social e preservação da empresa, manutenção da fonte geradora de empregos, interesse dos credores), pois, dependendo do caso concreto, o pagamento dos credores de ACC inviabilizará totalmente a finalidade para a qual a legislação foi criada.

Desta feita, por todas as razões apresentadas, quando comprovado por meio de documentos, perícias, que, se o crédito derivado de ACC permanecer

excluído do plano de recuperação, o soerguimento da empresa restará prejudicado, a regra do artigo 49, § 4º deverá ser mitigada, sobrepondo-se os princípios que regem a recuperação judicial instituídos na Lei 11.101/05.

Ademais, o próprio artigo deveria ser alterado, inserindo em sua parte final esta proposta: § 4º Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei, salvo se, comprovadamente, sua exclusão inviabilizar o soerguimento da empresa recuperanda.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Nelson. **Direito Bancário**. 14 ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 14. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 6. ed., ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falências comentada**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

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

BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Legislação Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Data da Consulta: 08/10/2013.

BRASIL. **Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001**. Legislação Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10192.htm>. Data da Consulta: 08/10/2013.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 71, de 29 de outubro de 2003**. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=29/10/2003&paginaDireta=33866>>. Data da Consulta: 17/10/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário Nº 88.827**, Ministro Relator Moreira Alves, Tribunal Pleno, Data da Publicação: 14/04/1978. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=182621>>. Data da Consulta: 08/10/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 30.668-RS**, Terceira Turma, Ministro Relator Cláudio Santos, Data de Publicação: 02/05/1994. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_30668_RS_1249167059402.pdf?Signature=OZb07AfQ8wAYOBv6lQ2HLuL0QBE%3D&Expires=1381342362&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf>. Data da Consulta: 08/10/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 24.477-1-RS**, Terceira Turma, Ministro Relator Dias Trindade, Data da Publicação: 13/09/1993. Disponível em: <http://chaiaramos.com/Arquivos_PDF/STJ%20-%20S%C3%9AMULAS%20-%20%20V.%2009%20-%20%202010.pdf>. Data da Consulta: 08/10/2013

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1279525-PA**, Terceira Turma, Ministro Relator Ricardo Villas Boas Cueva, Data de Publicação: 13/03/2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23077187/recurso-especial-resp-1279525-pa-2011-0153398-5-stj/inteiro-teor-23077188>>. Data da Consulta: 08/10/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Súmula n º 133**. A restituição da importância adiantada, à conta de contrato de câmbio, independe de ter sido a antecipação efetuada nos quinze dias anteriores ao requerimento da concordata. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj_0133.htm>. Data da Consulta: 08/10/2013

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª Região. **Agravo de Instrumento Nº 132831**, Primeira Turma, Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, Data da Publicação: 08/08/2013. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br/processo/0006228-58.2013.4.05.0000/02>>. Data da Consulta: 08/10/2013.

CAVALCANTI, Fernando Geraldo Mendes. **Contrato de câmbio de exportação em juízo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

CALEFFI, Antonio Marcelo. **O pagamento dos credores na falência: a (in)violabilidade do Princípio Constitucional da Igualdade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

Código Civil Brasileiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Data da consulta: 15/04/2013

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas: lei n. 11.101, de 9-2-2005**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DABBAH, Steven. **A solução para sua empresa: exportação**. São Paulo: Érica, 1998.

DE LUCCA, Newton. **Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências**. São Paulo: QuartierLatin, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de empresas: lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. 6 ed. São Paulo: Atlas.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

FREITAS, Guilherme Silva. Contratos internos e indexação pela variação cambial. Evolução legislativa e uma solução viável. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1222, 5 nov. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9130/contratos-internos-e-indexacao-pela-variacao-cambial>>. Acesso em: 20/09/13.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário. **Novo curso de direito civil: abrangendo os códigos civis de 1916 e 2002**. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2

GOLDSTEIN, Sergio Mychkis. Aspectos jurídicos da flexibilização cambial brasileira. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, Volume 29. Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.

LUZ, Aramy Dornelles da. **Negócios jurídicos bancários: o banco múltiplo e seus contratos**. 2. ed., ref. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 1999.

MAMEDE, Gladston. **Falência e recuperação de empresas**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 5.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Comentários à nova lei de falências**. 1. Ed. São Paulo: Thomson, 2005.

PARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. **Agravo de instrumento nº 2010.3.010.543-6**. 5ª Câmara Cívica do Tribunal de Justiça do Estado. Relatora: Desembargadora Luzia Nadja Guimarães Nascimento. Data da Publicação: 21/06/11. Disponível em: <<http://177.125.100.101/geradorPDF?tiporelatorio=acordao&numeroAcordao=96498&seqJurisprudencia=0>>. Acessado em: 21/09/13

PINHEIRO, Armando Castelar; MARKWALD, Ricardo; PEREIRA, Lia Valls. **O desafio das exportações**, 1 Ed. Rio de Janeiro: BNDES, 2002.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

Regulamento de Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/rex/rmcci/port/rmcci.asp>>. Data da consulta: 10/04/2013

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1991

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Súmula 20**. Em processo de falência o pagamento dos créditos trabalhistas tem prioridade sobre a devolução de valor adiantado ao falido à conta de contrato de câmbio. Referência: Uniformização de Jurisprudência nº 599430261, julgado no dia 01.09.00, pelo 3º Grupo de Câmara Cíveis do TJ. Data da Publicação: 28.11.00. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/sumula-organizada,tjrs-sumula-20,11952.html>>. Data da Consulta: 08/10/2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento Nº 70048398374**, Quinta Câmara Cível, Relatora: Isabel Dias Almeida, Data da publicação: 27/06/2012. Disponível em: <<http://app.vlex.com/#vid/-421028782>>. Data da Consulta: 08/10/2013.

RUIZ, Rodrigo Hernan Gonzalez. **Logística e exportação: gerenciando as operações de transferência internacional de mercadorias**. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2009.

STUBER, Walter. Novas regras disciplinam as operações de câmbio no Brasil. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, Volume 37. Editora Revista dos Tribunais, 2007.

VAZQUEZ, José Lopes. **Comércio exterior brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: contratos em espécie**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. 640 p. (Coleção direito civil; v.3).

VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria falimentar e regimes recuperatórios: estudos sobre a lei nº 11.101/05**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

WEYNE, Gastão Rúbio de Sá. **Igualdade e poder econômico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2005.

BIBLIOGRAFIA

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MEYER, José Carlos; BIGHETTI, Moacyr. **Exportar é fácil: um roteiro seguro para pequenas e médias empresas**. São Paulo: Artemeios, 2005.

MICHAELIS. **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. 5 ed. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php>>. Data da Consulta: 17/10/2013.