

Fabio Guimarães Bensoussan
Fernando Netto Boiteux

MANUAL DE **DIREITO**
EMPRESARIAL

3ª

Edição

revista
atualizada
ampliada

2024



EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

II. PRIVILÉGIOS DE INVENÇÃO E PATENTES

1. TIPOS DE INVENÇÃO INDUSTRIAL: INVENÇÃO E MODELO DE UTILIDADE

Os tipos de invenção industrial se dividem em duas categorias tratadas conjuntamente pela lei, sendo que cada uma delas apresenta determinadas peculiaridades, destacadas abaixo:

- a) **invenção propriamente dita**, é a criação técnica de um produto ou de um processo industrial;
- b) **modelo de utilidade**, é “um objeto de uso prático, ou parte deste, que apresente uma nova forma ou disposição, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação”⁴³³.

Nas **invenções**, há necessidade de distinguir entre a **paternidade da ideia** e a sua **exploração industrial**. A primeira corresponde a um direito da personalidade e só por analogia pode ser assimilada à propriedade (propriedade intelectual). A segunda se manifesta por meio de uma atividade empresarial e não por atos de posse ou de mera fruição.

2. PRIVILÉGIOS DE INVENÇÃO E PATENTES

O leitor irá verificar que algumas vezes nos referimos ao privilégio de invenção e, outras, à patente de invenção.

O **privilégio** se refere ao direito do inventor e consiste na exclusividade do uso e exploração do invento, assegurado pela lei pois, como dispõe a Constituição Federal, “a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização” (art. 5º, XXIX).

Patente é o ato pelo qual o Estado reconhece o direito do inventor, assegurando-lhe a propriedade e o uso exclusivo da invenção pelo prazo de lei⁴³⁴. É o título do direito de propriedade do inventor⁴³⁵. Ela assume a forma de uma carta-patente expedida em seu favor.

433. IDS – INSTITUTO DANNEMANN SIEMSEN DE ESTUDOS JURÍDICOS E TÉCNICOS. Comentários à Lei da Propriedade Industrial. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 46. SILVEIRA, Newton. Curso de propriedade industrial. 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987, p. 18: No modelo de utilidade o objeto já existe, mas é melhorado por meio de modificações em sua forma. As condições de seu reconhecimento são: “a – uma forma nova com resultado de melhor utilização e b – aplicada em ferramentas, instrumentos de trabalho ou utensílios”.

434. MIRANDA, F. C. Pontes de. Tratado de direito privado. Vol. 17, 4ª ed., reimp. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983, p. 396.

435. CERQUEIRA, João da Gama. Tratado da propriedade industrial. Vol. 1, 2ª ed., rev. e atual. por Luiz Gonzaga do Rio Verde et al. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982, p. 200-202.

A criação de um **modelo de utilidade** não é considerada invenção em sentido estrito, mas também é protegida pelo mesmo dispositivo da Constituição, que abrange as denominadas “criações industriais”. Em nosso direito, o regime da patente se aplica a ambos os casos, como se verá abaixo.

3. REQUISITOS DA INVENÇÃO PATENTEÁVEL

O valor que justifica a concessão da patente é o progresso técnico, a possibilidade de satisfazer necessidades econômicas⁴³⁶, e esse valor está implícito em nossa Lei de Propriedade Industrial. A satisfação dessas necessidades está caracterizada, ainda, pela materialidade do invento, pois o que se patenteia não é o invento em si, é o produto da atividade inventiva.

Em sentido complementar, Calixto Salomão Filho analisa as diversas classificações encontradas no direito comparado, destacando o estímulo ao investimento e à criatividade⁴³⁷. A *importância* do invento não é relevante para a sua patenteabilidade, pois não se trata de premiar a genialidade, mas assegurar o progresso e o conforto material da população⁴³⁸.

A Lei da Propriedade Industrial exige o preenchimento de **três requisitos** para que a invenção seja patenteável (art. 8º): a novidade, a atividade inventiva e a aplicação industrial.

É patenteável, ainda, como modelo de utilidade, o objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação (art. 9º).

Novidade. A ideia de novidade se opõe à de domínio público, razão pela qual aquilo que já é objeto de conhecimento público não é patenteável. Igualmente, não será patenteável o bem do qual já foi requerida a patente⁴³⁹.

A invenção e o modelo de utilidade são considerados novos quando não compreendidos no estado da técnica (art. 11 da Lei da Propriedade Industrial). Nos termos do § 1º do mesmo artigo, o estado da técnica é constituído por tudo aquilo tornado acessível ao público antes da data do depósito do pedido de patente, por descrição escrita ou oral,

436. ASCARELLI, Tullio. Teoría de la concurrencia e de los bienes inmateriales. Barcelona: Bosch, 1970, p. 494.

437. SALOMÃO FILHO, Calixto. Tese de titular, p...

438. ASCARELLI, Tullio. Ob. Cit., p. 497.

439. MIRANDA, F. C. Pontes de. Tratado de direito privado. Vol. 16, 4ª ed., reimp. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983, p. 293.

pelo uso ou por qualquer outro meio, no Brasil ou no exterior, com a ressalva do disposto nos arts. 12, 16 e 17⁴⁴⁰.

Atividade inventiva. A presença de atividade inventiva está prevista no artigo 13 da Lei nº 9.279/96, nos seguintes termos: “A invenção é dotada de atividade inventiva sempre que, para um técnico no assunto, não decorra de maneira evidente ou óbvia do estado da técnica”.

A importância do conceito de atividade inventiva revela a necessidade de tornar a patente um instrumento de estímulo ao investimento em pesquisa, impedindo a ação dos “free-riders” (caronas).

Quanto aos *modelos de utilidade*, a lei se refere ao “ato inventivo” e não à “atividade inventiva”, entendendo-se que o primeiro exige menor requisito para a concessão da patente.

Industrialidade. A invenção, além de ser nova, tem de ser suscetível de aplicação industrial (Lei nº 9.279/96, art. 15), em qualquer ramo da atividade produtiva.

4. AS PROIBIÇÕES LEGAIS DE PATENTE DE INVENÇÃO

A Lei nº 9.279/96 distingue aquilo que não se pode patentear em duas categorias:

- a) na primeira se encontram os **objetos que não são considerados invenção ou modelo**, assinalados no **art. 10** da Lei;
- b) na segunda se encontram os objetos que, ainda que possam ser considerados invenção ou modelo industrial, não são patenteáveis em consideração a outros valores: inventos contrários às leis, à moral ou à saúde, por exemplo (Lei nº 9.279/96, art. 18).

Durante muito tempo o Brasil recusou patente a produtos e processos farmacêuticos, como dispunha, por exemplo, o Código da Propriedade Industrial de 1971. A Lei atual inova ao não mais proibir as patentes referentes às áreas química, farmacêutica e alimentícia contidas nas alíneas “b” e “c” do art. 9º daquele Código, bem como as exclusões contidas na alínea “d” do mesmo artigo, relativas ao patenteamento de misturas e ligas metálicas. Essa restrição está de acordo com o art. 27, incisos 1 e 3 do acordo TRIPs.

Permanece, no entanto, o questionamento sobre dois pontos:

- a) a quebra de patente por interesse público;

440. A Lei nº 10.973/04 considera inovação a “introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e social que resulte em novos produtos, serviços ou processos ou que compreenda a agregação de novas funcionalidades ou características a produto, serviço ou processo já existente que possa resultar em melhorias e em efetivo ganho de qualidade ou desempenho;” (art. 2º, inciso IV, na redação dada pela Lei nº 13.243/2016). Mas essa lei não dispõe sobre a patenteabilidade, apenas sobre a concessão de incentivos fiscais.

- b) no âmbito da *Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle* – OMPI, o patenteamento de invenções que decorrem de conhecimento tradicional, como é o caso das plantas medicinais utilizadas pelos indígenas.

4.1. Não se considera invenção ou modelo de utilidade

Passamos a analisar os incisos do artigo 10 da Lei da Propriedade Industrial, para ressaltar aquilo que não se considera invenção nem modelo de utilidade.

4.1.1. *Descobertas, teorias científicas e métodos matemáticos*

O legislador não considera como invenção nem modelo de utilidade as descobertas, teorias científicas e modelos matemáticos (Lei nº 9.279/96, art. 10, I).

No que se refere às **descobertas**, a proibição de patente se justifica, pois, se não há criação, não há invenção. Só se considera existir criação quando há um acréscimo em relação ao acervo industrial do momento. Se qualquer técnico do ramo industrial poderia prever e obter o efeito não há invenção patenteável⁴⁴¹, como decorre do art. 13 da Lei. No entanto, os meios para se chegar à descoberta podem ser patenteáveis⁴⁴².

As **simples teorias** não são patenteáveis por lhes faltar o requisito essencial da aplicabilidade industrial. Os métodos matemáticos, por si, também carecem de aplicabilidade industrial. O produto que decorrer da aplicação da teoria, ou do método matemático, por sua vez, é patenteável.

É irrelevante que a teoria que deu origem ao produto seja mais importante que o produto em si, o que se justifica pela razão de uma mesma técnica poder dar origem a inumeráveis inventos. Neste caso, no entanto, não se estará privando a sociedade dos benefícios que o progresso decorrente do uso do método pode lhe trazer⁴⁴³.

4.1.2. *Concepções puramente abstratas*

As concepções puramente abstratas não são patenteáveis, por lhes faltar a materialidade (art. 10, II). Mas, “se aplicadas na prática a objetos ou processos, estes últimos podem ser objeto de patente”⁴⁴⁴.

441. MIRANDA, F. C. Pontes de. Tratado de direito privado. Vol. 16, 4ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983, p. 298.

442. IDS – INSTITUTO DANNEMANN SIEMSEN DE ESTUDOS JURÍDICOS E TÉCNICOS. Comentários à Lei da Propriedade Industrial. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 27.

443. ASCARELLI, Tullio. Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales. Barcelona: Bosch, 1970, p. 494.

444. IDS. Ob. Cit., p. 28.

4.1.3. Métodos comerciais, educativos, publicitários e outros

O legislador nega privilégio aos esquemas, planos, princípios ou métodos comerciais, contábeis, financeiros, educativos, publicitários, de sorteio e de fiscalização (art. 10, III), pois eles não constituem invenção.

De outro lado, se essas técnicas dão origem a um novo produto – e nesse caso não importa se a relevância do método é superior à do produto que dele se utiliza –, esse produto é patenteável⁴⁴⁵. Por exemplo, se considerarmos as novas tecnologias que se desenvolvem para aplicação na Internet – como os métodos de busca, do qual o Google é o melhor exemplo – torna-se necessário determinar, em cada caso, se a tecnologia utilizada está associada a um processo tecnológico, a um sistema ou produto; se isto ocorre, a invenção se torna patenteável⁴⁴⁶.

4.1.4. Obras literárias, arquitetônicas, artísticas e outras

As obras literárias, arquitetônicas, artísticas e científicas ou qualquer criação estética não são patenteáveis por serem criações que, por si só, não tem aplicabilidade industrial (art. 10, IV), ainda que sejam protegidas pelo direito autoral.

4.1.5. Programas de computador

Os programas de computador em si não são patenteáveis (art. 10, V), e são protegidos pela Lei nº 9.609/98 (Lei do *software*), que segue os princípios do direito autoral.

Todavia, há criações que combinam um *software* com um produto, tais como os que equipam computadores que, ao contrário dos usados em nosso cotidiano, são produzidos para uma finalidade específica, resultando de uma combinação única de *hardware* e *software*⁴⁴⁷. Nesse caso o produto é patenteável, por se encontrar presente o requisito da materialidade.

4.1.6. Apresentação de informações

A apresentação de informações não é patenteável (art. 10, VI), por falta de materialidade. Todavia, os aparelhos, dispositivos e produtos para apresentação de informações podem ser patenteáveis⁴⁴⁸.

445. ASCARELLI, Tullio. Ob. Cit., p. 494.

446. IDS. Ob. Cit., p. 28.

447. IDS. Ob. Cit., p. 29-30.

448. IDS. Ob. Cit., p. 31.

4.1.7. Regras de jogo

As regras de jogo não são patenteáveis, por lhes faltar materialidade e por não possuírem aplicabilidade industrial (art. 10, VII). Todavia, sua forma de apresentação pode constituir direito autoral e as peças do jogo podem ser protegidas sob registro de desenho.

4.1.8. Técnicas cirúrgicas, métodos terapêuticos ou de diagnóstico

A Lei veda o patenteamento de técnicas e métodos cirúrgicos e assemelhados (art. 10, VIII), em harmonia com o texto do acordo TRIPS (art. 27, 3, “a”).

O entendimento de que essas matérias não constituem invenção não é pacífico, e se a técnica pode ser executada em escala ela é, a princípio, patenteável⁴⁴⁹. Desta patente decorreria, no entanto, uma virtual impossibilidade de tratamento da saúde da população.

O “produto”, aqui, não seria contrário, por si, à saúde pública (Lei nº 9.279/96, art. 18), e uma interpretação literal da lei poderia levar a entender que a finalidade da norma seria, exclusivamente, impedir o patenteamento de um produto nocivo à saúde pública. Essa interpretação deve, no entanto, ser afastada, pois seria uma redundância entender a Lei de Propriedade Industrial como tendo a simples finalidade de impedir uma atividade ilícita em si mesma, eventualmente tipificada no Código Penal entre os crimes contra a saúde pública.

4.1.9. Seres vivos e materiais biológicos

O material biológico encontrado na natureza configura uma descoberta, não uma invenção, não sendo patenteável. O artigo 10, inciso IX, da Lei nº 9.279/96, veda, expressamente, a patente do “todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados, inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais”. O genoma ou germoplasma consiste no conjunto de genes de um organismo, existentes em cada um dos cromossomos de todas as células desse organismo⁴⁵⁰, e representa a estrutura básica dos seres vivos.

Essa vedação está novamente presente no artigo 18, inciso III, da mesma lei, como se verá no título seguinte.

A patente de genes vem sendo objeto de debates, tanto sob o aspecto ético quanto jurídico, sem encontrar consenso sobre a concessão de patentes sobre genes humanos em forma sintética ou modificada⁴⁵¹. O patenteamento do corpo humano é vedado na União Europeia, mas nela admite-se que: “Uma matéria biológica isolada de seu ambiente natural ou produzida com base em um processo técnico pode ser objeto de uma invenção, mesmo que preexistia no estado natural” (Diretiva nº 98/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, art. 5º, nº 1 e 2 e art. 3, nº 2, respectivamente).

449. IDS. Ob. Cit., p. 32.

450. MARQUES, J. P. Remédio. Patentes de genes humanos? Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 1, nota 1.

451. MARQUES, J. P. Remédio. Ob. Cit., p. 88.

4.2. Invenções e modelos não patenteáveis

Nem tudo que se possa considerar invenção ou modelo de utilidade pode ser patenteado. As restrições atendem a valores como a moral e a segurança nacional (Lei nº 9.279/96, art. 18), que extrapolam os requisitos da propriedade industrial.

4.2.1. *Contrários à moral, aos bons costumes e à segurança, à ordem e à saúde pública*

É vedado o patenteamento do que “for contrário à moral, aos bons costumes e à segurança, à ordem e à saúde públicas” (Lei nº 9.279/96, art. 18, inciso I).

É necessário, no entanto, distinguir entre o invento que causa dano por si do uso nocivo que dele pode ser feito, tanto a cada pessoa tomada individualmente quanto à sociedade. A invenção que se proíbe é aquela que tem uso exclusivamente nocivo (Lei nº 9.279/96, art. 18, I). Por exemplo: os equipamentos utilizados em um jogo de azar podem ser os mesmos de um jogo inocente; as armas podem ser, apenas, um instrumento de defesa ou de manutenção da ordem pública.

4.2.2. *Referentes ao uso da energia atômica*

O legislador se refere à energia atômica, deixando evidente o interesse da segurança nacional (art. 18, inciso II).

4.2.3. *Seres vivos e micro-organismos*

Complementando o disposto no artigo 10, III, o artigo 18, III, da Lei nº 9.279/96 veda o patenteamento do todo ou parte dos seres vivos ainda que, por hipótese, se considere haver invenção. A exceção se encontra na possibilidade de patente dos “micro-organismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade – novidade, atividade inventiva e aplicação industrial – previstos no art. 8º e que não sejam mera descoberta”. O parágrafo único define, para fins da Lei 9.279/96, micro-organismos transgênicos como “organismos, exceto o todo ou parte de plantas ou de animais, que expressem, mediante intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições naturais”.

5. DA TITULARIDADE E DO REGISTRO

A proteção garantida pela patente há de ser entendida sob dois aspectos: a) positivo, como o direito de usar, gozar e dispor da invenção; e, b) negativo, de exclusividade *erga omnes*.

5.1. Da titularidade

Ao autor de invenção ou modelo de utilidade será assegurado o direito de obter a patente, que lhe garante a propriedade nas condições estabelecidas na Lei nº 9.279/96 (art. 6º, *caput*).

Presume-se o requerente legitimado a obter a patente (art. 6º, § 1º). Mas cabe assinalar que ele não será necessariamente o autor do invento, podendo ser o sucessor ou cessionário do autor, ou ainda o detentor desse direito em decorrência de relação contratual (art. 6º, § 2º).

Sendo a invenção ou modelo de utilidade realizada por duas ou mais pessoas, todas em conjunto ou qualquer delas poderá requerer a patente (art. 6º, § 3º).

O inventor será nomeado e qualificado, mas poderá requerer que sua nomeação não seja divulgada (art. 6º, § 4º).

Quando dois ou mais autores tiverem realizado a mesma invenção ou modelo de utilidade, de forma independente, a patente será concedida àquele que provar o depósito mais antigo (art. 7º).

Máquina dotada de inteligência artificial. A Procuradoria Federal junto ao INPI emitiu Parecer Jurídico em agosto de 2022, para declarar a impossibilidade de máquina dotada de inteligência artificial ser indicada e nomeada inventora em pedido de patente registrado no Brasil.

Apesar de não existir especificação legal sobre a obrigatoriedade do titular ser pessoa física, o parecer enfatiza a figura humana enquanto titular de direitos e obrigações e destaca que o ordenamento jurídico nacional é definido por uma cultura antropocentrismo⁴⁵².

5.2. Processamento do registro

O pedido de patente conterá: requerimento; relatório descritivo; reivindicações; desenhos, se for o caso; resumo; e, comprovante do pagamento da retribuição relativa ao depósito (art. 19).

O pedido será submetido a exame formal preliminar. Se devidamente instruído, será protocolizado, considerada a data de depósito a da sua apresentação (art. 20). Se o pedido não atender aos requisitos previstos no artigo 19, mas contiver dados relativos ao objeto, ao depositante e ao inventor, poderá ser entregue ao INPI, que estabelecerá as exigências a serem cumpridas, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de devolução ou arquivamento da documentação (art. 21, *caput*). Cumpridas as exigências, o depósito será considerado como efetuado na data do recibo (art. 21, parágrafo único).

As condições do pedido estão detalhadas nos artigos 22 a 29 da mesma lei.

452. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Parecer jurídico nº 00024/2022/CGPI/PFE-INPI/PGF/AGU. Interessados: Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI. Assuntos: Indicação e nomeação da máquina dotada de inteligência artificial como inventora em pedido de patente. Pedido de patente BR 112021008931-4 (PCT/IB2019/057809). Parecer jurídico emitido em 09/08/2022. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/central-de-conteudo/noticias%202022/inteligencia-artificial-nao-pode-ser-indicada-como-inventora-em-pedido-de-patente/ParecerCGPIPROCsobrelInteligenciaartificial.pdf>. Acesso em 17/03/2023.

CAPÍTULO 6

RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIA

Sumário • I. INTRODUÇÃO – II. A QUEM SE APLICA A LEI – III. DISPOSIÇÕES COMUNS À RECUPERAÇÃO JUDICIAL E À FALÊNCIA – 1. Foro competente – 2. O Ministério Público – 3. Verificação de crédito – 4. Órgãos da Recuperação Judicial e da Falência: 4.1. Administrador Judicial; 4.2. Comitê de Credores; 4.3. Assembleia-geral de credores: 4.3.1. Voto; 4.3.2. Composição; 4.3.3. Quórum de deliberação. 5. Conciliação e Mediações Antecedentes ou Incidentais aos Processos de Recuperação Judicial. IV. RECUPERAÇÃO JUDICIAL – 1. Introdução – 2. Legitimidade ativa; 2.1. O empresário rural; 2.2. Grupos societários; 2.2.1. Consolidação processual; 2.2.2. Consolidação substancial – 3. Créditos abrangidos e créditos excluídos; 3.1. Créditos abrangidos; 3.2. Créditos excluídos – 4. O pedido de recuperação judicial – 5. O processamento do pedido de recuperação; 5.1. Recorribilidade da decisão que defere o processamento da recuperação judicial – 6. O plano de recuperação judicial – 7. Meios de recuperação – 8. Procedimento de recuperação judicial; 8.1. A exigência de certidão de regularidade fiscal; 8.2. A concessão da recuperação judicial; 8.2.1. Efeitos da concessão; 8.3. Encerramento do processo de recuperação judicial; 8.4. O financiamento do devedor e do grupo devedor durante a Recuperação Judicial – 9. Recuperação judicial das microempresas e empresas de pequeno porte (ou recuperação judicial especial) – 10. Convolução da recuperação judicial em falência – V. RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL – 1. Introdução – 2. Requisitos – 3. O plano de recuperação extrajudicial – 4. Modalidades de recuperação extrajudicial – 5. Procedimento – 6. Efeitos da homologação – VI. FALÊNCIA – 1. Introdução – 2. Fase preliminar ou declaratória da falência: 2.1. Pressupostos do estado falimentar; 2.2. Quem pode pedir a falência do devedor? 2.3. As causas do pedido de falência 2.3.1. Impontualidade; 2.3.2. Atos de falência; 2.4. Onde se pede falência (foro competente); 2.5. O juízo da falência – 3. A sentença judicial da falência: 3.1. Recursos contra a sentença; 3.2. Sentença denegatória da falência – 4. Efeitos da sentença que decreta a falência: 4.1. Efeitos em relação aos credores do falido; 4.2. Efeitos em relação à pessoa e aos bens do falido e seus administradores; 4.3. Efeitos em relação às obrigações do falido: 4.3.1. Compra e venda; 4.3.2. Contrato de locação; 4.3.3. Obrigações no âmbito do sistema financeiro nacional; 4.3.4. Patrimônios de afetação; 4.3.5. Mandato; 4.3.6. Contas correntes – 5. Arrecadação, realização do ativo e pagamento do passivo: 5.1. Arrecadação: 5.1.1. Ação revocatória; 5.1.2. Ação de restituição; 5.1.3. Embargos de terceiro; 5.2. Verificação e habilitação dos créditos; 5.3. Realização do ativo; 5.4. Pagamento dos credores – a classificação dos créditos; 5.5. O crédito tributário – 6. Fase pós-falimentar: a extinção das obrigações do falido – VII. INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL. VIII. QUADROS SINÓTICOS – IX. JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA – 1. Súmulas – 2. Jurisprudência.

I. INTRODUÇÃO

Ao longo deste manual, estudamos a figura do empresário, e vimos tratar-se de pessoa física ou jurídica que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços (art. 966 do Código Civil). Para o exercício dessa atividade, ele celebrará contratos, usará o crédito, contrairá direitos e obrigações, tudo visando a obtenção do lucro.

Nem sempre, porém, ele será bem-sucedido, e isso pode ocorrer por diversas razões. É a chamada crise da empresa e haverá casos em que estará evidenciada a insolvência – a insuficiência de bens no ativo para atender à satisfação do passivo⁹⁷¹ ou ainda a falta de falta de ativos de curto prazo para fazer frente as obrigações vencidas. É o cenário que envolve a falência.

O fracasso empresarial é tão antigo quanto a própria atividade econômica. No curso do desenvolvimento histórico do direito falimentar, encontramos inúmeras normas de caráter punitivo e estigmatizante.

Na Antiguidade, prevalecia a ideia de que o corpo do devedor respondia pelos seus débitos, e a insolvência – considerada resultado de irresponsabilidade na condução dos negócios – levava o devedor a tornar-se escravo do seu credor. Neste sentido, a *Lex Poetelia Papiria*, no ano 428, é considerada um marco no desenvolvimento do direito falimentar: passou a considerar apenas o patrimônio do devedor – e não mais sua pessoa – como garantia do débito.

Com o crescimento e o desenvolvimento da economia, a cada vez maior complexidade das relações comerciais e, sobretudo, com o desenvolvimento das sociedades empresárias, ficou claro que o infortúnio do empresário não se limitava à sua pessoa; pelo contrário: afetava uma comunidade cada vez maior de agentes: seus credores, seus empregados e o Estado.

Assim, assentou-se o **princípio da preservação da empresa**. Já estudamos, na parte introdutória deste manual, a distinção entre empresa, empresário e sócio: empresa é a atividade, empresário, a pessoa, física ou jurídica, que a exerce, e sócio, aquele que integra os quadros de uma sociedade empresária. Essa distinção é novamente importante para a compreensão do princípio. Viraram lugares comuns afirmações como “a empresa quebrou, mas o dono ficou rico”. Na realidade, o princípio da preservação da empresa reconhece a importância da atividade econômica⁹⁷². Essa, sim, deve ser preservada, ainda que em detrimento da pessoa que a exerce (empresário).

Curiosamente, a jurisprudência sobre a preservação da empresa surgiu em discussões envolvendo a liquidação de sociedade solvente e a preservação da empresa em face das disputas entre os sócios⁹⁷³.

971. COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. volume 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 224.

972. Alexandre Alves Lazzarini afirma que o princípio da preservação da empresa tem “*natureza econômica e não jurídica*” (LAZZARINI, Alexandre Alves. Reflexões sobre a recuperação judicial de empresas. In: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (coords.). *Direito recuperacional* – Aspectos teóricos e práticos. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 125), mas entendemos que ele também tem natureza jurídica por decorrer da função social da empresa (citar o link da minha palestra).

973. FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 66. A autora destaca acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que reconhecia a “tendência no sentido de proteger o estabelecimento comercial, assegurando-lhe a vida autônoma e a sua continuidade ‘contra os próprios sócios ou os eventos que, pelo Código

Paula Forgioni destaca que, mesmo na vigência do Decreto-Lei 7.661, de 1945, a jurisprudência reconhecia interesses que não apenas os dos credores, e que a ideia da função social da empresa, ente gerador de riquezas e empregos, justificava a sua preservação⁹⁷⁴.

Portanto, esse princípio, não seria absoluto, de forma que só se deve falar em preservação da empresa viável, que é aquela apta a implementar sua função social.

A Lei 11.101/05 significou uma mudança profunda em relação ao antigo regime do Decreto-lei 7.661/45, que buscava, precipuamente, a satisfação dos credores por meio da liquidação de ativos do devedor, ainda que às custas da atividade empresarial, sem enfatizar a preservação da empresa.

A nova lei de falências trouxe para o Brasil o instituto da recuperação, judicial ou extrajudicial, da empresa. A lei brasileira, contudo, permanece **restrita ao empresário e à sociedade empresária**, adotando um conceito restrito dos sujeitos passivos da recuperação da empresa e da falência, distanciando-se de legislações que permitem aos devedores não-empresários insolventes a apresentação de plano aos seus credores destinados à sua recuperação.

A recuperação judicial, nos termos do art. 47, tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores. A falência pode ser inevitável e, nos termos do art. 75, tem como um dos seus objetivos permitir a liquidação célere das empresas inviáveis, com vistas à realocação eficiente de recursos na economia.

Portanto, busca-se inicialmente a recuperação da empresa, de modo que a falência somente será cogitada com o fracasso ou a inviabilidade do procedimento da recuperação judicial. Por outro lado, e como veremos adiante, mesmo a falência passa a ter como objetivo (ainda que nem sempre passível de ser alcançado) a preservação da empresa.

Assim, e seguindo essa lógica, abordaremos, nesta ordem, as disposições comuns a ambos os processos, a recuperação de empresas e a falência.

II. A QUEM SE APLICA A LEI

Como afirmamos anteriormente, a Lei 11.101/05 alcança o empresário e a sociedade empresária. O art. 1º é expresso neste sentido.

Assim, o empresário individual, que atua com responsabilidade ilimitada, está alcançado pelo art. 1º. A sociedade em comum – aquelas cujos atos constitutivos não estão

Comercial, de feição nitidamente individualista, acarretam a dissolução do organismo jurídico, com prejuízo para a economia de seus componentes e, indiretamente, da economia nacional" (TJSP Ap. Cível 54.721, j. 30.11.1951, rel. Justino Pinheiro).

974. FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 71.

inscritos no registro público (Código Civil, art. 986) – não possui personalidade jurídica. Se exercer atividade empresária, o art. 105, IV, da Lei nº 11.101/05, autoriza o pedido de sua autofalência (“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”. Ora, podendo requerer a própria falência, pode ter a sua falência requerida por terceiro empresário. Não parece possível, porém, sua recuperação judicial dada a situação de irregularidade.

Outra sociedade despersonalizada é a sociedade em conta de participação. No entanto, aqui não se cogita em situação irregular, e a resposta há de ser diversa daquela da sociedade em comum. Já tratamos dessa questão quando analisamos essa espécie societária. Aqui, cabe frisar que, como o objeto social é desempenhado pelo sócio ostensivo, este estará sujeito à Lei nº 11.101/05, pela atividade por ele exercida. A sociedade em conta de participação, propriamente dita, não, por existir exclusivamente no âmbito das relações entre sócio ostensivo e sócio(s) participante(s).

O produtor rural só estará sujeito ao regime legal se estiver inscrito no Registro das Empresas Mercantis, pois, nesse caso, será considerado empresário para todos os efeitos (Código Civil, art. 971).

Iniciamos esse tópico frisando que a Lei se aplica a “empresários e sociedades empresárias”. De fato, o texto legal não poderia ser mais claro⁹⁷⁵.

No entanto, recentemente, a jurisprudência vem flexibilizando esse entendimento:

A 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no Agravo de Instrumento 0031515-53.2020.8.19.0000, relatado pelo Desembargador Nagib Slaibi Filho, confirmou decisão da 5ª Vara Empresarial da Capital, deferindo o processamento da recuperação judicial de associação civil mantenedora de tradicional universidade (Cândido Mendes).

975. Como reafirma Newton de Lucca, pois “o art. 1º não as contemplou, nem expressa nem implicitamente”, ainda que esse autor registre posições divergentes (DE LUCCA, Newton; VASCONCELOS, Miguel Pestana de (coords.). *Falência, insolvência e recuperação de empresas* – estudos luso-brasileiros. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 35). COSTA, Daniel Carnio e MELO, Alexandre Correa Nasser de. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falências*. Curitiba: Juruá, 2021, p. 51: “Portanto, ao incluir na sujeição passiva o empresário e a sociedade empresária (ou considerada empresária em razão da atividade por ela explorada), a Lei estabeleceu como destinatários o empresário individual, a empresa individual de responsabilidade limitada, a sociedade em comum, a sociedade em nome coletivo, a sociedade comandita simples, a sociedade limitada, a sociedade anônima e a sociedade em comandita por ações”. SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 66: “O argumento de que não há norma expressa proibitiva para os demais agentes econômicos se submeterem ao processo de recuperação ou falência deve ser afastado. A Lei nº 11.101/2005 cria microsistema excepcional. A norma geral, estabelecida pelo Código de Processo Civil e que, em seu art. 1.052, remete à aplicação do Código de Processo Civil de 1973, é o procedimento da insolvência civil, aplicado a todos os devedores insolventes. A Lei n. 11.101/2005 excepciona, em seu art. 1º, apenas aos empresários o sistema de recuperação e falência”.

Na decisão, o Tribunal entendeu que, apesar de se tratar de uma associação civil, “a entidade de ensino, à toda evidência, desempenha atividade econômica lucrativa, que repercute jurídica e economicamente”. Além disso, baseou-se no art. 20, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), incluído pela Lei nº 13.655/2018, segundo o qual nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Assim, consignou que a mantenedora da universidade é associação civil que desempenha uma atividade empresária, a teor do art. 966 do Código Civil, ou seja, atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, gera empregos e arrecadação para o Estado, exercendo assim a sua função social.

Consta ainda na ementa que “a mera interpretação literal do disposto no inciso II do art. 52 da Lei federal nº 11.101/2005, Lei de Recuperação Judicial, no sentido de excluir as associações sem fins lucrativos, não pode subsistir em face da prevalência do direito fundamental da liberdade econômica, tão cara ao Estado Democrático de Direito implantado pela Constituição da República de 5 de outubro de 1988”. Aqui, é importante destacar que o voto do relator faz expressa menção à Lei nº 13.874 (Lei de Liberdade Econômica), cujo art. 1º, §1º estabelece que o disposto na referida lei será observado na aplicação e na interpretação do direito civil e empresarial, nas relações jurídicas que se encontrem no seu âmbito de aplicação e na ordenação pública, inclusive sobre o exercício das profissões e do comércio.

Também recentemente, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina decidiu pela viabilidade da recuperação judicial de clube de futebol – o Figueirense Futebol Clube.

Além dos argumentos expostos no caso da Universidade, alegou-se que a Lei nº 9.615/98 (Lei Pelé) conteria dois dispositivos que permitiriam a legitimidade ativa da associação esportiva no processo de recuperação judicial: o art. 27, §6º, que permite a essas entidades, sob determinadas condições, a obtenção de financiamento com recursos públicos e o ingresso em programas de recuperação econômico-financeiros, e o §13 do mesmo artigo, segundo o qual “para os fins de fiscalização e controle do disposto neste lei, as atividades profissionais das entidades de que trata o caput deste artigo, independentemente da forma jurídica sob a qual estejam constituídas, equiparam-se às das sociedades empresárias”.

Um argumento utilizado tanto pelo TJRJ quanto pelo TJSC, contudo, não nos parece adequado: ambos afirmam que as associações civis não estão expressamente excluídas da Lei nº 11.101, nos termos do art. 2º. É que, se o art. 1º afirma que a lei se aplica aos “empresários e sociedades empresárias”, o art. 2º pode – como de fato fez – excluir alguns empresários e sociedades empresárias, mas não faz sentido esperar que tratasse de agentes econômicos que, em tese, não estariam no âmbito da lei (e, consequentemente, não necessitariam ser dela excluídos).

Evidentemente, se o clube de futebol adotar o modelo de **Sociedade Anônima do Futebol**, estabelecido pela Lei nº 14.193/21, torna-se empresário, de modo que a discussão

jurisprudencial acima resta superada. A própria lei, em seu art. 13, prevê que o clube ou a pessoa jurídica original poderá optar por um Regime Centralizado de Execuções (por ela previsto) ou pela recuperação judicial ou extrajudicial da Lei nº 11.101/05.

O STJ, por sua vez, vem se manifestando pela ilegitimidade das associações. No AgInt no AREsp 658.531/RJ, relatado pelo Ministro Raul Araújo, afirmou-se que “no caso dos autos, o eg. TJRJ, com arrimo nas provas dos autos e conforme as peculiaridades do caso concreto, consignou que a agravante tem natureza de associação e, portanto, não preenche os requisitos para pleitear a recuperação judicial. A pretensão de alterar esse entendimento, considerando as circunstâncias do caso concreto, demandaria revolvimento da matéria fático-probatória, providencia incompatível com o recurso especial, a teor da Súmula 7/STJ”.

Para além dessa discussão, é sabido que não é todo e qualquer empresário que poderá se utilizar dos institutos tratados por esta lei.

Nos termos do art. 2º da referida lei ela também não se aplica à: “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”.

Ocorre que o texto legal disse menos do que deveria. Algumas das sociedades acima referidas estão fora da aplicação direta da lei, mas isso não impede sua aplicação subsidiária ou supletiva, conforme previsto em leis especiais.

Há, portanto, duas situações: a de não incidência absoluta da lei e a de não incidência relativa.

Duas hipóteses são de **exclusão absoluta** do regime da Lei nº 11.101/05: a empresa pública e sociedade de economia mista, e as entidades fechadas de previdência complementar.

As **sociedades de economia mista e empresas públicas** estão excluídas pela expressa disposição legal. A discussão sobre a constitucionalidade da exclusão não é nova.

A Lei nº 6.404/76 previa, em seu art. 242, a não sujeição das sociedades de economia mista à falência, mas ressalvava que seus bens eram penhoráveis e executáveis, e a pessoa jurídica controladora respondia, subsidiariamente, pelas suas obrigações. O dispositivo foi revogado pela Lei nº 10.303/01, momento em que vigia o Decreto-lei 7.661/45.

Para Alberto Venâncio Filho, entre essa revogação e o advento da Lei nº 11.101/05, seria aplicável o regime do Decreto-Lei nº 7.661/45, cujo art. 37 declarava que as sociedades falidas serão representadas na falência por seus diretores, administradores, gerentes ou liquidantes, os quais ficam sujeitos a todas as obrigações que a lei impõe ao devedor do falido, e incorrerão em pena de prisão⁹⁷⁶.

976. VENÂNCIO FILHO, Alberto. Sociedades de Economia Mista. In: LAMY FILHO, Alfredo e PEDREIRA, José Luiz Bulhões (coord.) *Direito das Companhias*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1390.

A Lei nº 11.101/05, por sua vez, foi expressa em excluí-la, assim como a empresa pública, do seu regime. Mas a opção é muito criticada por parte da doutrina. Afinal, o §1º do art. 173, da Constituição estabelece que estas empresas – quando explorarem atividade econômica – se sujeitarão ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários (inciso II).

Em outras palavras, para alguns autores, o art. 2º, I, da Lei nº 11.101/05 alcançaria apenas as prestadoras de serviços públicos, e não as exploradoras de atividade econômica⁹⁷⁷.

Uma questão importante: quando afirmamos que, pelo texto legal, o regime da Lei nº 11.101/05 não se aplica às sociedades de economia mista e às empresas públicas, isto não significa que seus credores arcarão com prejuízos ou que a pessoa jurídica de direito público que as controla não tenha qualquer responsabilidade. A pessoa federativa a que estão vinculadas as entidades é sempre responsável subsidiário⁹⁷⁸.

Já as **entidades de previdência complementar**, inseridas no inciso II do art. 2º, merecem ser examinadas com cuidado. Isso porque a Lei Complementar nº 109, de 2001, trata de dois tipos: a entidade fechada, que tem como objeto a administração e execução de planos de benefícios de natureza previdenciária (art. 32, da LC 109/2001), e a entidade aberta, a qual, nos termos do art. 36, é constituída unicamente sob a forma de sociedade anônima e tem como objetivo instituir e operar planos de benefícios de caráter previdenciário concedidos em forma de renda continuada ou pagamento único, acessíveis a quaisquer pessoas físicas.

As **entidades fechadas de previdência complementar** são conhecidas como “fundos de pensão”, que criam e administram planos exclusivos para funcionários de uma empresa ou categoria específica. Não podiam requerer a concordata (nem se sujeitava à falência, nos termos do art. 47 da LC (que, lembramos, é de 2001)). O art. 198, da Lei nº 11.101/05, é clara ao afirmar que os devedores proibidos de requerer a concordata nos termos da legislação em vigor até a data de sua promulgação ficam proibidos de requerer a recuperação judicial ou extrajudicial.

Por outro lado, o art. 2º, II, no que se refere às entidades de previdência complementar, não faz distinção entre fechadas e abertas. No que se refere às **entidades abertas**, contudo, o art. 73, da LC 109/2001, remete, “no que couber”, à legislação aplicável às seguradoras, que podem, efetivamente, vir a ter sua falência requerida pelo liquidante,

977. SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 71.

978. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2020, p. 553. Segundo o autor, que reconhece que a questão não é pacífica: “(...) seja qual for a natureza da sociedade de economia mista ou da empresa pública, o Estado, vale dizer, a pessoa federativa a que estão vinculadas as entidades, é sempre responsável subsidiário (não solidário!). Significa dizer que, somente se o patrimônio dessas entidades for insuficiente para solver os débitos, os credores terão o direito de postular os créditos remanescentes através de ação movida contra a pessoa política controladora”.

conforme veremos adiante. Por entidades abertas, entende-se aquelas que oferecem planos a qualquer pessoa interessada; são planos mantidos por seguradoras e podem ser distribuídos por bancos ou corretoras de seguros. Importa observar, portanto, que apenas as entidades fechadas estão totalmente excluídas do regime falimentar.

Todas as demais situações tratadas no inciso II do art. 2º referem-se a hipóteses de exclusão **relativa** do regime da Lei n 11.101/05.

As **instituições financeiras públicas ou privadas** e as **cooperativas de crédito** estão sujeitas à intervenção e liquidação extrajudicial determinadas pelo Banco Central do Brasil. Portanto, o credor não poderá requerer a falência delas; mas o interventor poderá requerer a falência da instituição quando o seu ativo não for suficiente para cobrir pelo menos a metade do valor dos créditos quirografários, ou quando houver fundados indícios de crimes falimentares (art. 21, “b”, da Lei 6.024/74).

Cabe ao Banco Central zelar pela estabilidade do sistema financeiro, de modo que compete a ele, prudencialmente, liquidar e retirar do sistema as instituições financeiras comprometedoras dessa estabilidade, com as devidas cautelas. Ao Judiciário, estarão submetidas as questões relativas aos interesses e direitos individuais dos credores em relação à massa.

Os **consórcios** estão tratados pela Lei nº 11.795/08, que em seu art. 39 remete a administração especial e a liquidação extrajudicial de **administradoras de consórcios** à Lei nº 6.024/74.

As **operadoras de planos de assistência à saúde** à saúde também não estão sujeitas ao pedido de falência apresentado por credor, pois estão sujeitas à liquidação extrajudicial realizada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. Mas a ANS pode autorizar o liquidante a requerer a falência ou a insolvência civil dessas operadoras (Lei 9.961/2000, art. 4º, XXXIV, na redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44/2001). A Lei nº 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, em seu art. 23 (também com a redação dada pela MP 2.177-44/01), estabelece que estas operadoras estarão sujeitas à falência (ou à insolvência civil, se for o caso) quando, no curso da liquidação extrajudicial, for verificado que o ativo da massa liquidanda não é suficiente para o pagamento de pelo menos a metade dos créditos quirografários, ou o ativo realizável da massa liquidanda não for suficiente sequer para o pagamento das despesas administrativas e operacionais inerentes ao regular processamento da liquidação extrajudicial, ou houver fundados indícios de condutas tipificadas como crimes falimentares.

As **sociedades seguradoras** também estão sujeitas à intervenção e liquidação administrativa, mas, se decretada a liquidação o ativo não for suficiente para o pagamento de pelo menos a metade dos credores quirografários, ou quando houver fundados indícios da ocorrência de crime falimentar, o liquidante poderá pedir a falência (Decreto-lei nº 73/66, art. 26).

As **sociedades de capitalização** são regulamentadas pelo Decreto-lei nº 261/67, cujo art. 4º faz expressa remissão ao art. 26, do Decreto-lei nº 73/66.

Entre as **sociedades legalmente equiparadas às previstas no art. 2º, da Lei nº 11.101/05**, encontram-se as integrantes do sistema de distribuição de valores mobiliários e as corretoras de câmbio, que, sem serem instituições financeiras sujeitam-se ao mesmo regime aplicável a elas (intervenção e liquidação extrajudicial)⁹⁷⁹.

III. DISPOSIÇÕES COMUNS À RECUPERAÇÃO JUDICIAL E À FALÊNCIA

Vimos que a recuperação judicial e a falência implicam a suspensão das execuções individuais. Ao longo da evolução histórica do direito falimentar, percebeu-se que o sistema de execuções individuais não é satisfatório, uma vez que privilegia determinados credores em detrimento de outros.

Surgiu, assim, a necessidade de se ordenar a apuração do patrimônio, formando-se o juízo universal, no qual as relações jurídicas da empresa em crise passam a ser consideradas como um todo, uma coletividade de direitos e deveres.

O objetivo é evitar, “com a unidade e consequente indivisibilidade do juízo falimentar, a dispersão das ações, reclamações e medidas que, conjuntamente, formam o procedimento falimentar, submetido ao critério uniforme do julgamento do magistrado que superintende a falência e preside a solução dos interesses em conflito com ele ou nela relacionados”⁹⁸⁰.

Trata-se da consagração do princípio da *par conditio creditorum*. Todos os credores devem concorrer sobre o mesmo patrimônio do devedor, de acordo com a preferência de seus créditos.

1. FORO COMPETENTE

O art. 3º não está inserido no Capítulo II, correspondente às disposições comuns à recuperação judicial e à falência, mas reputamos útil, para fins didáticos, analisá-lo neste momento, uma vez que estabelece ser competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil.

Cabe, portanto, definir o que se entende por foro do principal estabelecimento do devedor, que não será, necessariamente, a sede da empresa, mas **o local que concentra o maior volume de seus negócios**. Neste sentido, Fabio Ulhoa Coelho e Marlon Tomazette, entre outros⁹⁸¹. O STJ, no AgInt no CC 147.714/SP, também adotou o critério do maior volume de negócios.

979. TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique. *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 9.

980. REQUIÃO, Rubens, *Curso de direito falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 84.

981. TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas*. v. 3. São Paulo: Atlas, 2021, versão eletrônica, pos. 1589. O autor, depois de afirmar que no direito francês o foro é definido pela sede da sociedade ou pelo endereço declarado pelas pessoas físicas, e no direito

Outros autores, como Ricardo Negrão, defendem que o critério a ser utilizado deve ser o da sede do comando administrativo, “o local onde fixa a chefia da empresa, o centro de suas atividades, o irradiador das ordens de seus negócios”⁹⁸².

A definição do principal estabelecimento, por seu turno, pode exigir a análise dos atos constitutivos e demais elementos fáticos⁹⁸³. Neste sentido, o STJ no AgRg no REsp 1.310.075/AL.

No que se refere à filial de empresa estrangeira, já estudamos a necessidade de autorização do Poder Executivo para o seu funcionamento no País (art. 1.134, do Código Civil). Havendo mais de uma filial, deve-se aplicar o mesmo raciocínio utilizado para a determinação do principal estabelecimento.

Uma outra questão que merece ser analisada com cuidado diz respeito à natureza da competência: se territorial ou material. De um modo geral, a competência em razão do território é considerada, pela doutrina do processo civil, relativa, e a material, absoluta.

Mas a aplicação desse entendimento, no caso da competência de que trata o art. 3º, da Lei 11.101/05, é criticado, com razão, por alguns autores, como Marcelo Sacramone, para quem o verdadeiro critério para diferenciar a competência relativa da absoluta é a presença ou não de interesses de ordem pública, em detrimento das situações envolvendo apenas interesses privados⁹⁸⁴. Reconhece, assim, tratar-se de competência absoluta, posicionamento adotado pela maior parte da doutrina e também pelo STJ (CC 37.736/SP). Para alguns autores, seria uma hipótese excepcional de competência territorial absoluta⁹⁸⁵.

2. O MINISTÉRIO PÚBLICO

Pelas mesmas razões do tópico anterior, optamos por tratar aqui da participação do Ministério Público na recuperação judicial e na falência. O tratamento conferido pela Lei 11.101/05 merece algumas breves considerações, porque seu art. 4º foi vetado.

italiano, o local da sede principal da empresa, prossegue: “O local de maior movimentação econômica é provavelmente o local onde serão realizados mais negócios e onde o devedor terá mais bens. Em razão disso, em prol da efetividade dos processos de falência e recuperação judicial ou extrajudicial, esse deve ser o foro competente. Na falência, tal foro permitirá a melhor e mais ágil arrecadação de bens para o pagamento dos credores. Na recuperação judicial ou extrajudicial, o maior volume de credores estaria centralizado nesse lugar e, por isso, poderia se manifestar no processo”.

982. NEGRÃO, Ricardo. *Curso de Direito Comercial e de Empresa*. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 329.

983. RESTIFFE, Paulo Sérgio. Processo de Recuperação Judicial. In: COELHO, Fabio Ulhoa (org.). *Tratado de Direito Comercial*. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 191.

984. SACRAMONE, Marcelo. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 80.

985. TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas*. v. 3. São Paulo: Atlas, 2021, versão eletrônica, pos. 1646. RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Recuperação de empresas*. Barueri: Manole, 2008, p. 99.

O referido dispositivo estabelecia a intervenção do Ministério Público nos processos de recuperação judicial e de falência. O parágrafo único, por sua vez, determinava sua intervenção em toda ação proposta pela massa falida ou contra ela.

Com o veto, a participação do Ministério Público decorre de expressa previsão legal. Neste sentido, o STJ vem entendendo que:

COMERCIAL E PROCESSO CIVIL. PEDIDO DE FALÊNCIA AJUIZADO NA VIGÊNCIA DO DL Nº 7661/45. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM AÇÃO CONEXA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO QUE DECRETA A QUEBRA. POSSIBILIDADE. ANULAÇÃO DO PROCESSO. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. NECESSIDADE.

1. Na vigência do DL 7.661/45 era possível a intervenção do Ministério Público durante todo o procedimento de quebra, inclusive em sua fase pré-falimentar, alcançando também as ações conexas.

2. Com o advento da Lei 11.101/05, houve sensível alteração desse panorama, sobretudo ante a constatação de que o número excessivo de intervenções do Ministério Público vinha asoberbando o órgão e embarçando o trâmite das ações falimentares. Diante disso, vetou-se o art. 4º da Lei 11.101/05, que mantinha a essência do art. 210 do DL 7.661/45, ficando a atuação do Ministério Público, atualmente, restrita às hipóteses expressamente previstas em lei.

3. Tendo em vista o princípio da instrumentalidade das formas, a anulação do processo falimentar ou de ações conexas por ausência de intervenção ou pela atuação indevida do Ministério Público somente se justifica quando for caracterizado efetivo prejuízo à parte.

4. Recurso especial não provido.

(STJ – REsp 1.230.431-SP – Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, julgamento em 18/10/2011).

Quais seriam essas hipóteses expressamente previstas em lei? Analisando o texto da Lei 11.101/2005, podemos encontrar algumas, tais como:

- a) a impugnação da relação dos credores, apontando a ausência de qualquer crédito ou manifestando-se contra a legitimidade, importância ou classificação de crédito relacionado (art. 8º);
- b) o requerimento de exclusão, nova classificação ou retificação de qualquer crédito, na hipótese de falsidade, dolo, simulação, fraude, erro essencial ou documentos ignorados na época do julgamento do crédito ou inclusão no quadro-geral de credores (art. 19);
- c) requerer a substituição do administrador judicial ou dos membros do comitê nomeados em desobediência aos preceitos da Lei 11.101/2005 (art. 30, § 2º);
- d) quando intimado da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial (art. 52, V); o MP possui legitimidade para interpor agravo de instrumento da decisão que conceder a recuperação judicial (art. 59, § 2º);

- e) quando intimado da sentença que decretar a falência (art. 99, XIII);
- f) a propositura de ação revocatória (arts. 130 e 132);
- g) quando intimado (sob pena de nulidade) em qualquer modalidade de alienação do ativo (art. 142, § 7º); o MP possui legitimidade para impugná-la (art. 143);
- h) quando intimado para se manifestar sobre as contas do administrador judicial (art. 154, § 3º);
- i) no procedimento penal, o MP, devidamente intimado da sentença que decreta a falência ou concede a recuperação judicial, e verificando a ocorrência de qualquer crime previsto na Lei 11.101/2005, promoverá a competente ação penal ou requisitará a abertura de inquérito policial.

3. VERIFICAÇÃO DE CRÉDITO

Em primeiro lugar, é importante destacar que nem todo crédito é exigível na falência ou na recuperação judicial. A Lei nº 11.101/05 estabelece disposições comuns à recuperação e à falência no que diz respeito à verificação e habilitação dos créditos.

Não são exigíveis do devedor as **obrigações a título gratuito**. É o que dispõe o art. 5º, I.

Questão interessante é classificação do aval prestada pelo devedor – trata-se de crédito exigível? Parece-nos que o relevante será verificar se a garantia foi prestada de forma gratuita ou se há provas de alguma contraprestação, que a torne onerosa. O STJ, no REsp 1.829.790/RS, destacou a necessidade de se analisar o caso concreto, bem como “há situações em que a garantia foi prestada com o objetivo de auferir algum ganho, mesmo que intangível, como ocorre na hipótese de aval prestado em benefício de sociedades do mesmo grupo econômico ou para viabilizar operações junto a parceiros comerciais, hipóteses nas quais não se pode considerar tal obrigação como a título gratuito”.

Também são inexigíveis as **despesas que os credores fizerem para tomar parte na recuperação judicial ou na falência, salvo as custas judiciais decorrentes de litígio com o devedor** (art. 5º, II).

Na **recuperação judicial, a verificação de créditos** se dá a partir da decisão judicial que defere o pedido de processamento. Os credores constantes da lista apresentada pelo devedor no pedido (art. 51, III) e daquela apresentada pelo administrador judicial após o prazo de habilitação (art. 7º, § 2º) podem manifestar sua objeção ao plano (art. 55).

Na **falência**, o juiz que a decretou determina que o **falido apresente, em cinco dias, a relação completa dos credores**, abrindo, ainda, o **prazo de 15 dias para a habilitação dos créditos (ou suas divergências quanto aos créditos relacionados) perante o administrador judicial (art. 7º, § 1º)**. Essas são as **habilitações tempestivas**.

O que deve conter a habilitação de crédito na falência? Nos termos do art. 9º:

I – o **nome, o endereço do credor e o endereço em que receberá comunicação de qualquer ato do processo**;

II – o **valor do crédito, atualizado** até a data da decretação da falência ou do pedido de recuperação judicial, **sua origem e classificação**;

III – os **documentos comprobatórios do crédito** e a indicação das **demaís provas** a serem produzidas;

IV – a indicação da **garantia prestada** pelo devedor, se houver, e o respectivo instrumento;

V – a **especificação do objeto da garantia** que estiver na posse do credor.

Nos termos do parágrafo único, os documentos deverão ser exibidos no original ou por cópias autenticadas se estiverem juntadas em outro processo.

Segundo o art. 7º, § 2º, o administrador judicial publicará **edital contendo a relação dos credores no prazo de 45 dias, contados do fim do prazo do art. 7º, § 1º**, indicando o local, o horário e o prazo comum em que o Comitê, qualquer credor, o devedor ou seus sócios ou o Ministério Público terão acesso aos documentos que fundamentaram a referida relação.

A respeito da publicação do edital, devemos atentar ao art. 191, da Lei 11.101/2005, segundo o qual “ressalvadas as disposições específicas desta Lei, as publicações ordenadas serão feitas em sítio eletrônico próprio, na internet, dedicado à recuperação judicial e à falência, e as intimações serão realizadas por notificação direta por meio de dispositivos móveis previamente cadastrados e autorizados pelo interessado” (redação dada pela Lei nº 14.112/20).

O STJ vinha entendendo que a leitura correta do art. 191 leva à conclusão de que as publicações deverão ser sempre veiculadas pela imprensa oficial, sendo apenas exigível que se proceda à publicação em jornal ou revista de circulação regional ou nacional se as possibilidades financeiras do devedor ou da massa falida comportarem – uma vez que podem representar gasto incompatível com o porte ou a situação de crise, prejudicando ainda mais o pagamento dos créditos em aberto. Além disso, a publicação na imprensa oficial, menos custosa, é mais adequada para a uniformização do marco inicial de fluência do prazo para habilitação ou impugnação dos créditos relacionados, conferindo mais segurança para todo o processo recuperacional. Neste sentido, remetemos o leitor ao REsp 1.758.777/PR, Rel. Ministra Nancy Andrigli, j. 11/09/2018, DJe 13/09/2018).

No entanto, a redação original do dispositivo não mais subsiste, tendo sido alterada pela Lei nº 14.112/20, razão pela qual entendemos que, em princípio, a discussão tenha perdido sua razão.

Essas mesmas pessoas, no prazo de 10 dias contados da publicação, poderão apresentar ao juiz impugnação contra a relação dos credores, apontando a ausência de qualquer crédito ou manifestando-se contra a legitimidade, importância ou classificação de crédito relacionado (art. 8º, *caput*).

Não havendo impugnação, o juiz homologará, como quadro-geral de credores, a relação constante do edital, ressalvado o disposto no art. 7º-A (art. 14, na redação dada pela Lei 14.112/20). Assim, passa-se a exigir, para a formação do quadro geral de credores da falência, o julgamento dos incidentes de classificação de crédito público. Trataremos desse procedimento quando estudarmos a falência.

O art. 6º, § 7º, determinava a suspensão das execuções fiscais na hipótese de recuperação judicial, e foi revogado pela Lei 14.112/20. O art. 7º-A, §6º, por sua vez, estabeleceu a suspensão das execuções fiscais até o encerramento da falência, sem prejuízo da possibilidade de prosseguimento das execuções contra os corresponsáveis.

A impugnação é tratada nos artigos 13 e 15, da Lei 11.101/05. Cada impugnação será autuada em separado, com os documentos a ela relativos, mas terão uma só autuação as diversas impugnações que tratem de um mesmo crédito (art. 13, parágrafo único).

Os credores cujos créditos forem impugnados serão intimados para contestar, em 5 dias, juntando os documentos que tiverem e indicando outras provas que repute necessárias (art. 11). Após esse prazo, o devedor e o Comitê serão intimados para se manifestarem sobre a impugnação, no prazo comum de 5 dias (art. 12, *caput*), após o qual será intimado o administrador judicial para apresentação de parecer, também no prazo de 5 dias (art. 12, parágrafo único).

Em seguida, **os autos serão conclusos ao juiz, que:**

I – determinará a inclusão no quadro-geral de credores das habilitações de créditos não impugnadas, no valor constante da relação referida no art. 7º, § 2º;

II – julgará as impugnações que entender suficientemente esclarecidas pelas alegações e provas apresentadas pelas partes, mencionando, de cada crédito, o valor e a classificação;

III – fixará, em cada uma das restantes impugnações, os aspectos controvertidos e decidirá as questões processuais pendentes, e

IV – determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

O juiz determinará, para fins de rateio, a reserva de valor para satisfação do crédito impugnado (art. 16).

O art. 17 estabelece que, da decisão judicial sobre a impugnação, caberá agravo de instrumento. Trata-se de uma importante mudança em relação ao regime do Decreto-lei 7.661/45, que admitia recurso de apelação. Interposto o agravo de instrumento, não se suspende o andamento processual no juízo falimentar, a menos que, a pedido do interessado, o desembargador relator conceda efeito suspensivo (art. 17, parágrafo único).

Mas o que acontece com o credor que, por alguma razão, não habilitou seu crédito no prazo estabelecido no art. 7º, § 1º? Estará ele excluído, definitivamente, da execução coletiva falimentar?

A resposta é negativa, uma vez que a Lei 11.101/05 cuida da situação das **habilitações retardatárias**. Na **recuperação judicial**, os credores retardatários não terão direito a voto nas deliberações da assembleia-geral de credores (art. 10, § 1º). Evidentemente, se o crédito estiver na lista original, não será necessário habilitá-lo.

O mesmo ocorre na **falência**, salvo se, na data da realização da assembleia-geral, já houver sido homologado o quadro-geral de credores contendo o crédito retardatário (art. 10, § 2º). Isso porque, se apresentadas antes da homologação do quadro-geral de credores, serão recebidas como impugnação e processadas na forma dos artigos 13 a 15 (art. 10, § 5º). Caso sejam apresentadas após a homologação do quadro-geral, será necessário requerer ao juízo falimentar a retificação do quadro para sua inclusão (art. 10, § 6º).

Na falência, os créditos retardatários perderão o direito a rateios eventualmente realizados e ficarão sujeitos ao pagamento de custas, não se computando os acessórios compreendidos entre o término do prazo e a data do pedido de habilitação (§ 3º). Nesse caso, o credor pode requerer a reserva de valor para satisfação de seu crédito (§ 4º).

A partir da relação de credores (art. 7º, § 2º) e das decisões proferidas nas impugnações oferecidas, caberá ao administrador judicial consolidar o quadro-geral de credores, que será homologado pelo juiz (art. 18) e mencionará a importância e a classificação de cada crédito na data do requerimento da recuperação judicial ou da decretação da falência. O quadro-geral de credores será juntado aos autos e publicado no órgão oficial, no prazo de 5 dias, contado da data da sentença que houver julgado as impugnações (art. 18, parágrafo único).

O quadro-geral de credores ainda poderá ser alterado. Essa constatação pode ser deduzida, inclusive, pela leitura do art. 10, § 6º. Nos termos do art. 19, o administrador judicial, o Comitê, qualquer credor ou o Ministério Público poderá, até o encerramento da recuperação judicial ou do processo falimentar, observado, no que couber, o procedimento ordinário do CPC, pedir a exclusão, reclassificação ou retificação de qualquer crédito, nos casos de descoberta de falsidade, dolo, simulação, fraude, erro essencial ou, ainda, documentos ignorados na época do julgamento do crédito ou da inclusão no quadro-geral de credores, o que é importante para votações posteriores, como a convocação da recuperação em falência, por decisão da assembleia.

4. ÓRGÃOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E DA FALÊNCIA

4.1. Administrador judicial

O regime anterior (Decreto-lei 7.661/45) consagrou as figuras do síndico da falência e do comissário da concordata. Bastava ser um dos maiores credores do devedor. A Lei 11.101/05 fez muito mais que simplesmente modificar a denominação para “administrador judicial”. Trata-se do principal auxiliar do juízo no decorrer da recuperação judicial e da falência. Por essa razão, sua função é **indelegável**, podendo, no entanto, o administrador transmitir algumas funções administrativas a terceiros, desde que a contratação seja aprovada pelo juiz.