

# O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO E O ARTIGO 40 DA LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIA.

*Rodrigo Almeida de MAGALHÃES\**

*Aluer Baptista FREIRE JÚNIOR\*\**

## RESUMO

O presente artigo acadêmico realiza um estudo do artigo 40 da lei de Recuperação de Empresas e Falência (11.101/05), o qual prevê que na assembleia geral de credores não será deferido provimento cautelar ou antecipatório dos efeitos da tutela, para suspensão ou adiamento da assembleia de credores em razão de pendência de discussão a cerca de existência, quantificação e classificação de crédito, configurando assim uma não observância ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, pois não permite possibilidade de suspensão da assembleia até que se decida, por exemplo, se um determinado crédito que esta sendo objeto de discussão judicial existe ou não, crédito este que pode ser fundamental em certas votações, principalmente na recuperação judicial, lugar onde a deliberação dos credores pode ser fundamental para aprovação do plano. O principal objetivo é demonstrar a abusividade desse preceito normativo bem como ressaltar a importância da suspensão da assembleia até que sejam

---

\* Professor da Faculdade de Direito da UFMG. Professor da PUC/Minas. Mestre e Doutor em Direito. [amaalhaes@ig.com.br](mailto:amaalhaes@ig.com.br).

\*\* Professor da Fadileste. Mestre em Direito pela PUC/Minas. [aluerjunior@hotmail.com](mailto:aluerjunior@hotmail.com).

sanadas quaisquer dúvidas a respeito da existência, quantificação e classificação de certo crédito. Assim a tanto a Constituição Federal será respeitada em seus princípios quanto a lei de recuperação de empresas e falência cumprirá plenamente sua finalidade, que reside na satisfação dos credores e no caso da recuperação a manutenção do mercado com a atividade empresarial preservada.

**PALAVRAS-CHAVE:** Falência. Constituição. Princípios. Crédito e Credores.

## 1. INTRODUÇÃO

O direito desde suas remotas origens tem como grande busca a pacificação social, ou seja, permitir que uma comunidade consiga viver harmonicamente. Para atingir tal finalidade o instituto ao longo de sua evolução sempre fora objeto de mudanças. Atualmente se destaca a mudança de paradigmas, de um Estado liberal para um Estado social, onde o coletivo deve prevalecer, onde leis devem alcançar o sentido social e se adaptar ao máximo a princípios constitucionais.

Assim deveria ter acontecido no momento da edição da nova lei de falência e recuperação de empresas (11.101/2005) na totalidade de suas disposições, mas o contrário se verifica principalmente quando se analisa o disposto no artigo 40 da norma falimentar que veda a concessão de liminar de caráter cautelar ou antecipatório dos efeitos da tutela para suspender ou adiar uma assembleia geral de credores, quando o motivo for a discussão sobre a existência, quantificação ou classificação do crédito daquele que pleiteia a medida. Tal suspensão ou adiamento pode ter fundamental importância em uma recuperação judicial quando ocorrer objeção ao plano, pois é dever do juiz convocar a assembleia para deliberar sobre o plano proposto pelo devedor aprovando ou rejeitando, logo poderia o credor ser prejudicado em seus direitos ou um “falso” credor prejudicar os demais, tal possibilidade de prejuízo se estende ao devedor vez que seu plano teria chances de não ser aprovado por credor que as vezes nem mesmo poderia ser considerado como tal. Lembrando a importância da recuperação

judicial na atualidade, pois com a possibilidade de continuação da empresa o mercado permanece aquecido e a sociedade mantém seu desenvolvimento.

Observa-se também um desrespeito ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição ou para alguns doutrinadores princípio do direito de ação, previsto no artigo 5º inciso XXXV da Constituição da República de 1988, o qual leciona o inverso do artigo 40 da lei de recuperação de empresas e falências, ou seja, a lei não pode excluir de apreciação do judiciário, lesão ou ameaça de direito. Essa ameaça ao direito se observa claramente quando um credor não pode obter liminarmente a suspensão ou adiamento de uma assembleia geral de credores em virtude do seu crédito estar em discussão, podendo prejudicar não só o credor (em virtude de aprovação de matéria contra seus interesses) mas como toda a assembleia realizada, pois como os votos são proporcionais ao valor do crédito este credor pode ser titular do maior crédito de uma classe ou representar mais da metade dos créditos presentes, logo teria possibilidade de influenciar a pauta de votação.

Busca-se ao final defender a possibilidade do juiz deferir essa liminar, tendo por base o princípio constitucional do direito de ação, evitando assim uma possível invalidação de assembleia de credores já realizada a qual causaria prejuízo ao procedimento falimentar ou até mesmo inviabilizando uma recuperação judicial.

## 2. ANTECEDENTE HISTÓRICO

Na antiguidade a execução de uma obrigação não cumprida não recaía sobre os bens do devedor, ao contrário, um devedor que não adimplia corretamente sua obrigação tinha como sanção a execução sobre sua própria pessoa podendo seu corpo ser repartido quanto fossem o número de credores ou até mesmo ser feito escravo até que viesse satisfazer a obrigação assumida.

O liame o qual ligava credor e devedor era chamado de *nexum*.

No direito quiritário (*ius quiritium ius civile*) a fase mais primitiva do direito romano, que antecede a codificação da Lei das XII Tábuas, o *nexum* (liame entre credor e devedor) admitia a *addicere*, a adjudicação do devedor insolvente, que por sessenta dias, permanecia em estado de servidão para com o credor. Não solvido o débito nesse espaço de tempo, podia o credor vendê-lo como escravo no estrangeiro (trans Tiberim, além do Tibre) ou até mesmo matá-lo... (ALMEIDA, 2009, p. 05).

A própria lei das XII Tábuas de 451 a.C na Tábua Terceira nº 9 estabelecia:

Se são muitos credores é permitido depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quanto sejam os credores, não importando cortar mais ou menos; se os credores preferirem, poderão vender o devedor a um estrangeiro, além do Tibre. (BEZERRA FILHO, 2009, p. 31).

De acordo com essas passagens se observa um resquício de execução coletiva sobre um devedor insolvente, porém essa execução recaia sobre o próprio corpo do devedor não sobre o seu patrimônio. Todavia a sociedade evolui e o pensamento de castigo corporal ou até mesmo morte do devedor como forma de adimplir certas obrigações vai gradativamente desaparecendo até que em 428 a.C com a “*promulgação da Lex Poetelia Papiria que introduziu no direito romano a execução patrimonial, abolindo o desumano critério da responsabilidade pessoal.*” (ALMEIDA, 2009, p.05).

Pela *Lex Poetelia Papiria* tem-se um marco no sistema de execução vez que se abandona a responsabilidade pessoal do devedor, partindo para uma responsabilidade patrimonial.

A doutrina elenca como surgimento da falência a *cessio bonorum* editada pela *Lex Julia Bonorum*.

Não poucos romanistas divisam na *Lex Julia* o assento do moderno Direito Falimentar, por ter editado os dois princípios fundamentais- o direito dos credores disporem de todos os bens do devedor e o da *par conditio creditorum*. Desde então, o credor, que tomava a iniciativa da execução agia em seu nome e por direito próprio, mas também em

benefício dos demais credores. Com isso, veio a formar-se o conceito de massa, ou seja, de massa falida.

Completava-se a *bonorum venditio*, com larga série de providências, determinadas pelo pretor, contra os atos fraudulentos de desfalque do seu patrimônio, praticados pelo devedor. (FERREIRA, 1965, p.08-09).

Importante destacar que a partir da Idade Média se transfere a iniciativa de uma execução, a qual antes era feita pelo próprio credor, passando para o Estado, dessa maneira se observa mais uma maneira de retirar do devedor qualquer execução de mão própria. Começando o delineamento de um processo falimentar que lembra o atual, pois agora cabe ao credor habilitar-se no procedimento caso queira receber do devedor.

Ainda durante a Idade Média tem-se o direito comercial bem estruturado principalmente com as corporações e suas normas decorrentes dos usos e costumes mercantis, neste período o processo de execução coletiva que se pode denominar falência é estendido ao devedor comercial e civil, “*sendo o falido coberto de infâmia, tido como fraudador, réprobo social, sujeito a severas medidas penais além da perda total de seu patrimônio.*” (BEZERRA FILHO, 2009, p.33).

Nas cidades Italianas onde o comércio exercera fundamental importância como Gênova e Veneza é que o procedimento falimentar tivera maior nitidez.

Em virtude do tráfico negocial com as cidades comerciais da Itália o direito francês se vê influenciado pelos estatutos italianos, inclusive sendo observado nas Ordenanças francesas de 1673. Com a edição do Código Comercial de Napoleão de 1807 tais idéias espalham-se para todo mundo ocidental influenciando diretamente no direito português, logo, no direito brasileiro.

O Código Comercial francês de 1807, na elaboração do qual Napoleão Bonaparte teve preponderante atuação, conquanto impondo severas restrições ao falido, constitui-se em inegável evolução do instituto, restrito, na legislação francesa, ao devedor comerciante. (ALMEIDA, 2009, p.07).

O sistema falimentar brasileiro inicialmente segue o português, por ser colônia deste. Na época vigoravam as Ordenações Afonsinas, a qual não tratava de matéria falimentar específica, todavia mencionava algo a respeito de concurso de credores. Somente em 1595 com a lei editada por Felipe II, há uma expressa previsão sobre a quebra dos comerciantes, tal norma fazia distinção entre falência dolosa e culposa, impondo penas como o degredo no caso de dolo, mas não estabeleciam pena no caso de culpa.

Em 1756 com o Alvará de 13 de novembro promulgado pelo Marquês de Pombal tem-se um original processo de falência, exclusivamente para comerciantes. Amador Paes elenca o procedimento:

Impunha-se ao falido apresentar-se a Junta do Comércio, perante o qual jurava a verdadeira causa da falência. Após efetuar a entrega das chaves dos armazéns das fazendas declarava todos os bens moveis e de raiz...

Ultimado o inventário dos bens do falido, seguir-se-ia a publicação de edital, convocando os credores.

Do produto da arrecadação 10% eram destinados ao próprio falido para o sustento e de sua família, repartindo-se o restante entre os credores. (ALMEIDA, 2009, p.08).

Após a proclamação da Independência, ainda fica o sistema nacional vinculado a normas portuguesas, em 1850 é promulgado o Código Comercial brasileiro, disciplinando as quebras nos artigos 797 a 911. Após a promulgação do Código Comercial surgem várias leis até que se chega ao decreto 7661/1945 o qual vigorou até o ano de 2005, sendo revogado pela atual lei de falências e recuperação de empresas nº11. 101/2005.

## **2.1. Significado da Palavra Falência**

Desde a antiguidade a palavra falência lembrava uma forma de falsear, enganar o credor, “*a expressão falência, do verbo latino fallere, tinha, pois, um sentido pejorativo, para significar falsear, faltar...*” (ALMEIDA, 2009, p.16).

Os franceses utilizavam a expressão *banque em route* definindo a falência criminosa, neste caso era costume dos credores quebrarem o banco em que o falido exibia suas mercadorias. Os portugueses empregavam a palavra quebra para definir a falência, por isso surge no meio social brasileiro à palavra quebrado como forma de se referir a uma pessoa pobre e arruinada.

Atualmente não se pode pensar em falência como no passado, num aspecto negativo, pois o instituto assume uma função social, não se pode sempre rotular o devedor como um fraudador, mas se deve pensar em um sujeito que por inúmeras situações pode se encontrar em um estado de insolvência e na maioria das vezes sem culpa de sua parte.

## 2.2. Causas Determinantes da Falência

O Código Comercial de 1850 adotava como critério para caracterizar a falência a cessão de pagamento.

Conforme critério acatado em sua parte III (art.797), que cuidava das quebras, a falência caracterizava-se pela cessação de pagamentos a qual traduzia pelo desequilíbrio econômico confessado pela incapacidade de pagar. (FRANCO e SZTANJ, 2008, p.11)

O mesmo pensamento seguia a doutrina francesa:

Determinadas legislações, como a francesa, por exemplo, fixa-se no critério da cessão de pagamento para a caracterização da falência do devedor, pouco importando esteja ele in solvere - o devedor que não paga deve ser declarado falido. (ALMEIDA, 2009, p.24).

Da mesma forma tem-se o direito português, espanhol, italiano e alemão:

No Direito português, no espanhol e no italiano quando consideram em situação de insolvência, o devedor incapaz de cumprir com a obrigação vencida no seu vencimento (art.3º do CIRE; e 2,2 da Lei espanhola nº 23/2003 e 5º da lei nº 5/2006); no alemão quando elege a iliquidez como uma das causas da insolvência (art.18,1, do InsO)...” (FRANCO E SZTANJ, 2008, p.88).

Todavia para a atual lei de falência e recuperação de empresas 11.101/05 para que fique caracterizado o estado falimentar não basta simplesmente que ocorra uma impontualidade no pagamento, mas também que esteja presente a insolvência, sendo que o “*estado patrimonial do devedor que possui o ativo inferior ao passivo é denominado insolvência econômica ou insolvabilidade.*” (COELHO, 2010, p.251).

Fabio Ulhoa defende ainda que não é a insolvência econômica que poderia levar a um estado falimentar mas a insolvência jurídica.

Para se decretar a falência da sociedade empresária, é irrelevante a “insolvência econômica”, caracterizada pela insuficiência do ativo para a solvência do passivo. Exige a lei a “insolvência jurídica”, que se caracteriza no direito falimentar brasileiro pela impontualidade injustificada (LF, art. 94 I), pela execução frustrada (art. 94 II) ou pela prática de ato de falência. (COELHO, 2010, p. 251).

Apesar dos comentários expostos, para que se possa falar em falência, deve o interprete da norma não analisar somente a impontualidade no pagamento de obrigação, mas se a empresa encontra-se insolvente economicamente, ou seja, se o seu passivo esta maior que o ativo, mesmo assim fazendo uma análise criteriosa a respeito da possibilidade de recuperação dessa empresa, somente concluindo pelo contrário deveria reconhecer a falência.

Passa-se agora a uma análise de cada causa que pode ser determinante para decretação de falência do devedor, uma vez que a insolvência poderá se caracterizar no caso de impontualidade injustificada, execução frustrada e nos atos falimentares.

### **2.2.1. Impontualidade Injustificada**

O artigo 94 inciso I da lei 11.101/05 dispõe:

Será decretada a falência do devedor que:

I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência. (CAHALI, 2009, p. 1496)

Tem-se então uma das primeiras hipótese para requerer a falência, que neste caso ainda é de fato e não de direito, a qual ocorrerá somente após a sentença que decretar a falência. Alguns pontos do artigo merecem destaque, primeiramente o pedido de falência só poderá ser feito após o vencimento, pois a lei menciona aquele que não paga “no vencimento”; a obrigação deve também ser líquida:

Considera-se líquida a obrigação certa quanto a sua existência e determinada quanto ao seu objeto. Deve também ser uma obrigação certa quanto ao valor devido, quanto à coisa devida (normalmente em falência, a dívida é em dinheiro) e quanto à quantidade devida. (BEZERRA FILHO, 2009, p.216)

A impontualidade no pagamento ainda não se pode dar por relevante razão de direito, vez que afasta o pedido de quebra. Para embasar o pedido falimentar pela impontualidade injustificada o protesto de título ou títulos executivos é obrigatório formando prova do não pagamento no vencimento da obrigação nele consignada (não servindo para resguardar direito de regresso contra certos coobrigados no título) por isso certos títulos que não reclamam o protesto como cheque e sentença judicial devem ser protestados. O artigo 94 § 3º da lei 11.101/05 confirma o que fora mencionado:

Na hipótese do inciso I do caput deste artigo, o pedido de falência será instruído com os títulos executivos na forma do parágrafo único do art. 9º desta Lei, acompanhados, em qualquer caso, dos respectivos instrumentos de protesto para fim falimentar nos termos da legislação específica. (CAHALI, 2009, p. 1497)

A norma em estudo estabelece um valor mínimo do título para instruir o pedido de falência, ou seja, 40 salários mínimos na data do pedido da falência, lembrando esse valor “*é o que consta no título, sem qualquer acréscimo, seja de correção juros ou custas, e o valor do salário mínimo a ser considerado é o existente no momento do ajuizamento do feito.*” (BEZERRA FILHO, 2009, p.218).

Quanto a determinação de valores para caracterizar a falência pode-se observar que o sistema italiano também determina valores “*o Direito italiano, na sua norma do art. 15 da Lei nº 5/2006 exclui a*

*possibilidade de acatamento do pedido quando o montante for inferior a trinta mil euros.*” (FRANCO E SZTANJ, 2008, p.88).

Se o credor possui um título devidamente protestado, mas o valor não supera quarenta salários mínimos na data do pedido, pode utilizar-se do permissivo legal previsto no artigo 94 § 1º o qual dispõe, *“credores podem reunir-se em litisconsórcio a fim de perfazer o limite mínimo para o pedido de falência com base no inciso I do caput deste artigo.”* (CAHALI, 2009, p.1496).

Tal possibilidade que em primeiro momento é benéfica aos credores, pode se tornar perigosa, pois se devedor em sede de contestação conseguir desconstituir o valor de algum crédito que diminua o valor em menos de quarenta salários mínimos, obstará o seguimento do procedimento falimentar, *“neste caso, embora haja credor a falência não poderá ser decretada, pois o pedido então terá sido feito com base em crédito existente, porém de valor inferior ao mínimo previsto legalmente.”* (BEZZERA FILHO, 2009, p.222). Assim restaria aos credores (mas não com o valor exigido por lei) a possibilidade de executar o título e caso seja frustrada a execução ingressar o pedido falimentar, o que será analisado no próximo item.

### **2.2.2. Execução Frustrada**

Outra hipótese de pedido falimentar esta em uma execução frustrada por parte do devedor assim prevista no artigo 94, II da lei 11.101/05, *“executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal<sup>1</sup>”*. (CAHALI, 2009, p.1496).

Nesta hipótese legal também se faz necessário que o título esteja vencido, porém não há exigência de um valor específico, um valor mínimo:

Esse requisito a lei estabeleceu apenas para a hipótese de falência por impontualidade injustificada. Desse modo se o credor executou

---

<sup>1</sup> A insolvência se presume, pois se o devedor não nomeou bens à penhora, não pagou e bem depositou (tríplice omissão) no prazo legal é sinal que provavelmente não dispõe de meios sequer para garantir uma execução.

duplicata de valor inferior a 40 salários mínimos, essa circunstância não impede que, vindo a se configurar a execução frustrada, seja pedida e decretada a falência do devedor. (COELHO, 2010, p. 255).

O protesto nesta hipótese também não é necessário, e se o juiz em que se processa a execução não for competente para conhecer do pedido falimentar o credor deverá pedir uma certidão atestando a falta de pagamento, depósito ou nomeação de bens a penhora e instruir o pedido falimentar no juízo competente com este documento. Se o juiz em que se processa a execução for competente para conhecer do pedido falimentar, pode o credor requerer a citação para fins falimentares nos próprios autos da execução.

Importante ressaltar que o artigo 94 inciso II se refere apenas em casos de execução por quantia líquida.

### **2.2.3. Atos de Falência**

Os atos de falência estão previstos no artigo 94 inciso III e alíneas da lei de recuperação de empresas e falência e se diferem dos incisos anteriores, pois a lei não adota o critério da impontualidade, vez que determinados atos podem diminuir totalmente o ativo de um devedor, assim a urgência do ato não coaduna com a espera para vencimento da obrigação. O artigo 94 inciso III assim elenca os denominados atos falimentares:

Será decretada a falência do devedor que:

- III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial:
  - a) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos;
  - b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não;
  - c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o

consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo;

- d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor;
- e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo;
- f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento;
- g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial. (CAHALI, 2009, p. 1496-1497)

A parte final do inciso III merece críticas:

Houve um lapso do legislador, pois as situações previstas nas letras a) a g) não podem fazer parte do plano de recuperação judicial pois são atos “ruinosos e fraudulentos” (letra a) com “objetivo de fraudar credores” (letra b) atos simulados e/ou para prejudicar terceiros (letra c a e), abandono de estabelecimento (letra f) ou o próprio descumprimento do plano de recuperação(letra g).” (BEZERRA FILHO, 2009, p.220).

Em primeira análise parece que caso devedor faça parte do plano de recuperação judicial poderia praticar tais atos, o que é inimaginável. Desta forma, a última parte do inciso III poderia ser retirada da norma falimentar sem qualquer prejuízo.

Na primeira alínea do inciso III deve-se lembrar que a liquidação que se refere ao artigo “*não se confunde com as periódicas liquidações levadas a efeito pelos empresários, normalmente objetivando livrar-se da mercadoria...*”, mas “*é a liquidação precipitada a preços vis, com sensíveis prejuízos, petenteando-se o ânimo de fraudar credores.*” (ALMEIDA, 2009, p.37).

A segunda alínea elenca atos no qual o devedor venha tentar fraudar os credores ou retardar pagamento através de um negócio simulado o qual tem sua definição atrelada ao artigo 167 § 1º incisos

I, II e III do Código Civil de 2002<sup>2</sup>. Quanto a venda de todo o ativo ou parte dele, só constituirá em motivo determinante de falência se traduzir intuito de ocultar, desviar bens e fraudar credores. Na alínea c) para não configurar o tipo legal pode ser assim interpretada, se a alienação foi notificada aos credores do falido e a venda conta com o consentimento expresso ou tácito( decurso de trinta dias após notificação) ou mesmo vendendo sem o consentimento dos credores sobraram bens suficientes para solver o passivo.

Quanto a alínea d) deve ser observado o intuito de fraudar juntamente com o conceito anteriormente citado de negócio simulado, lembrando que o conceito de estabelecimento esta previsto no artigo 1.142 do Código Civil. “*Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.*” (CAHALI, 2009, p.371).

Na alínea e) o comentário de Amador Paes é de grande valia. “*A garantia que se refere a legislação é a real, a créditos que anteriormente não se cercaram de tal reforço, assegurando tal garantia a um credor que dela não gozou está o empresário favorecendo-o.*” (ALMEIDA, 2009, p.42). Na alínea f) a norma cuidada da hipótese de abandono do estabelecimento, deixando-o sem administrador com recursos suficientes para adimplir com os credores, essa ausência deve ser dolosa. A alínea g) estabelece que se descumprido o plano de recuperação judicial assumido pelo devedor haverá convação em falência.

---

<sup>2</sup> “É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

- I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;
- II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;
- III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.” (CAHALI, 2009, p. 252)

#### 2.2.4. Legitimidade passiva

Na legitimidade passiva deve-se lembrar do direito romano, o qual estendia a falência ao devedor empresário e não empresário. Pela atual lei de recuperação de empresas e falência 11.101/05 em seu artigo primeiro percebe-se que a falência cabe somente ao devedor empresário ou sociedade empresária. *“Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.”* (CAHALI, 2009, p.1469).

Para que um agente se caracterize empresário ou sociedade empresária regular a lei exige o Registro Público de Empresas Mercantis, na Junta Comercial.<sup>3</sup>

Há de se observar que a lei 11.101/05 menciona apenas a figura do empresário e sociedade empresária estando excluída da hipótese de falência a sociedade simples.

Os sócios cujas responsabilidades são ilimitadas também são alcançados pela falência, bem como tal sócio caso tenha sido excluído ou se retirado da sociedade falida há menos de dois anos estarão sujeitos a falência, é o que leciona o artigo 81 e seu primeiro parágrafo da lei falimentar.

A decisão que decreta a falência da sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis também acarreta a falência destes, que ficam sujeitos aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à sociedade falida e, por isso, deverão ser citados para apresentar contestação, se assim o desejarem.

§ 1º O disposto no caput deste artigo aplica-se ao sócio que tenha se retirado voluntariamente ou que tenha sido excluído da sociedade, há menos de 2 (dois) anos, quanto às dívidas existentes na data do arquivamento da alteração do contrato, no caso de não terem sido solvidas até a data da decretação da falência. (CAHALI, 2009, p. 1492)

---

<sup>3</sup> Artigo 967 do Código civilista. “É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade. Artigo 985. “A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos”. (CAHALI, 2009, p.968)

Não se pode esquecer que a responsabilidade do sócio retirante vai até o limite da dívida existente a data do arquivamento da alteração contratual perante a Junta Comercial.

Pode também falir o menor empresário no caso de emancipar-se por haver estabelecido com economia própria.

A lei 11.101/05 exclui da possibilidade de falência certas empresas, tal previsão se encontra no artigo 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. (CAHALI, 2009, p. 1469)

Dá-se tal fato em razão do interesse público que algumas representam, por isso estão sujeitas a um regime especial que não a norma em comento.

### **2.2.5. Legitimidade Ativa**

O artigo 97 da lei de recuperação de empresas e falência estabelece quais seriam as pessoas que podem requerer a falência de um devedor empresário ou sociedade empresária.

Artigo 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. (CAHALI, 2009, p. 1498)

No primeiro inciso analisa-se a possibilidade de autofalência do devedor, ou seja, um devedor empresário ou sociedade empresária que não tenha condições de requerer sua recuperação judicial pode ingressar com o próprio pedido falimentar, reunindo a documentação exigida pelo artigo 105<sup>4</sup> e incisos da lei de recuperação de empresas e falência. Deve-se atentar que tal fato não está adstrito somente à figura do devedor, podendo também qualquer herdeiro ou cônjuge sobrevivente pedir a falência (inciso II do artigo acima referido), que no caso não será do morto, mas do espólio.

Diante da gravidade da situação e da necessidade de proteção aos credores (no todo e principalmente àqueles que sejam titulares de

---

<sup>4</sup> “O devedor em crise econômico-financeira que julgue não atender aos requisitos para pleitear sua recuperação judicial deverá requerer ao juízo sua falência, expondo as razões da impossibilidade de prosseguimento da atividade empresarial, acompanhadas dos seguintes documentos:

- 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.” (CAHALI, 2009, p. 1501-1502)

crédito privilegiado), o legislador optou por uma legitimação ativa mais ampla, que não se limita à pessoa do inventariante- responsável que é pelo procedimento da sucessão causa mortis, mas alcança o cônjuge sobrevivente (seja meeiro, seja herdeiro) e qualquer herdeiro do devedor. (MAMEDE, 2009, p.330.)

Amador Paes entende *“desnecessária a unanimidade dos herdeiros para a formulação do pedido de falência do espólio, podendo qualquer herdeiro, isoladamente fazê-lo facultando aos demais contestar a pretensão”*. (ALMEIDA, 2009, p.61).

Sendo que nesta hipótese podem os demais herdeiros contestarem o pedido.

O inciso terceiro do artigo em comento abre a possibilidade de um sócio ou acionista minoritário requerer a falência da sociedade que façam parte, isso para que não fiquem sujeitos a possíveis atos fraudulentos dos demais sócios e com isso tenham futuramente prejuízos patrimoniais ou sejam responsabilizados civil e criminalmente. Atente-se que os demais sócios podem ser contra e argumentar acerca do pedido falimentar feito por um deles.

O último inciso retrata a possibilidade de falência a qual é requerida pelo credor, tanto credor empresário quanto pessoa física pode requerer a falência do devedor empresário ou sociedade empresária. Se credor empresário, a lei exige que faça comprovação de sua regularidade no Registro Público de Empresas Mercantis.

Se o credor não reside no Brasil deve prestar caução relativa às custas processuais de sucumbência caso venha perder bem como suportar a indenização que trata o artigo 101 da lei de recuperação de empresas e falência<sup>5</sup>.

Note-se, que, no entanto, a omissão do legislador, que mais uma vez não estipulou parâmetros para a prestação da mencionada caução. De acordo com o que se verifica em casos análogos, seria prudente que tal caução fosse fixada entre o mínimo de 10% e o máximo de 20%

---

<sup>5</sup> “Quem por dolo requerer a falência de outrem será condenado, na sentença que julgar improcedente o pedido, a indenizar o devedor, apurando-se as perdas e danos em liquidação de sentença.” (CAHALI, 2009, p. 1499-1500)

sobre o valor do crédito em consonância com os critérios estipulados nas regras de sucumbência do artigo 20, §3º do Código de Processo Civil... (BEZZERA FILHO, 2009, p.228).

Não se pode esquecer que no Brasil não existe a denominada falência *ex officio* “*a legislação falimentar brasileira não consagra a falência ex officio, isto é, a possibilidade de declaração de falência pelo juiz, independentemente de provocação dos interessados.*” (ALMEIDA, 2009, p.58).

Logo, nem mesmo a chamada falência incidental, àquela que se impõe ao juiz declarar se descumprido ou se rejeitado o plano de recuperação judicial não poderia ser considerada *ex officio*, pois o pedido do plano de recuperação judicial parte do devedor e a declaração de falência neste caso é simplesmente decorre do não cumprimento ou da não aceitação deste.

### **2.2.6. Competência**

Sobre competência o artigo 3º da lei de recuperação de empresas e falência traz:

Art. 3º É 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. (CAHALI, 2009, p. 1469)

Dessa maneira quando a empresa possui apenas um estabelecimento não haveria problema para a fixação da competência, porém a dificuldade esta quando há mais de um estabelecimento empresarial, assim qual seria o principal estabelecimento. Fábio Ulhoa comenta:

Principal estabelecimento para fins de definição da competência para o direito falimentar é aquele em que se encontra concentrado o maior volume de negócios da empresa; é o mais importante do ponto de vista econômico. O juiz do local onde se encontra tal estabelecimento é o competente para o processo falimentar, porque estará provavelmente mais próximo aos bens, à contabilidade e aos credores da sociedade falida. (COELHO, 2010, p.261).

Nem sempre o principal estabelecimento pela definição dada poderá ser considerado a matriz, mas sim àquele que for mais importante do ponto de vista econômico e administrativo.

Quando o devedor é sociedade estrangeira, a competência para decretar a falência será da filial estabelecida no país, se existem duas ou mais, verifica-se onde se concentra o maior volume de negócios, se não forem independentes.

### **2.2.7. Defesas do Devedor**

Após ser devidamente citado o devedor terá um prazo de 10 dias para defender-se conforme artigo 98 caput da lei falimentar, “*citado, o devedor poderá apresentar contestação no prazo de 10 (dez) dias.*”<sup>6</sup> (CAHALI, 2009, p.1498).

Neste prazo a lei abre possibilidade para o devedor alegar matéria legal de defesa prevista no artigo 96 da lei 11.101/05.<sup>7</sup>

A falência requerida com base no art. 94, inciso I do caput, desta Lei, não será decretada se o requerido provar:

- I – falsidade de título;
- II – prescrição;

---

<sup>6</sup> Lembrando que dentro do prazo de contestação poderá o devedor pleitear sua recuperação judicial (artigo 95 da lei falimentar), sendo que para requerer a recuperação neste caso o pedido de falência deverá ter sido embasado nas hipóteses legais do artigo 94 incisos I e II (impontualidade injustificada e execução frustrada) vez que não seria crível aceitar uma recuperação de quem pratica atos falimentares. Destaca-se ainda que o pedido de recuperação não pode ser cumulado com a contestação de mérito.

<sup>7</sup> “No direito português o art. 30, CIRE cuida da oposição ao devedor, a qual deve ser apresentada da mesma forma que no Direito brasileiro dentro do prazo de 10 dias. No Direito espanhol nos termos do art. 15 da lei nº23/2003, o prazo para apresentação da defesa é de 5 dias a contar da citação, para o conhecimento do pedido e de seus termos. Já no Direito italiano a lei menciona somente a apresentação de memoriais dentro de um prazo mínimo de 7 dias antes da realização da audiência de julgamento, a par da solicitação das diligências que forem julgadas necessárias e juntadas de documentos (art.15) quaisquer manifestações, somente após a sentença de falência conforme decorre do disposto no art.18 da lei nº 5/2006.” (FRANCO E SZTANJ, 2008, p.106).

- III – nulidade de obrigação ou de título;
  - IV – pagamento da dívida;
  - V – qualquer outro fato que extinga ou suspenda obrigação ou não legitime a cobrança de título;
  - VI – vício em protesto ou em seu instrumento;
  - VII – apresentação de pedido de recuperação judicial no prazo da contestação, observados os requisitos do art. 51 desta Lei;
  - VIII – cessação das atividades empresariais mais de 2 (dois) anos antes do pedido de falência, comprovada por documento hábil do Registro Público de Empresas, o qual não prevalecerá contra prova de exercício posterior ao ato registrado.
- § 1º Não será decretada a falência de sociedade anônima após liquidado e partilhado seu ativo nem do espólio após 1 (um) ano da morte do devedor.
- § 2º As defesas previstas nos incisos I a VI do caput deste artigo não obstam a decretação de falência se, ao final, restarem obrigações não atingidas pelas defesas em montante que supere o limite previsto naquele dispositivo. (CAHALI, 2009, p. 1497-1498)

Não precisaria o legislador em um dispositivo legal ter enumerado situações de defesa que afastariam o pedido falimentar, vez que a enumeração do artigo 96 não é exaustiva, mas exemplificativa, o que se comprova pela leitura do inciso V “*qualquer outro fato que extinga ou suspenda obrigação ou não legitime a cobrança de título*”.

Lembrando que a defesa prevista nos incisos I ao VI deve atingir o pedido ao ponto que diminua o valor de 40 salários mínimos (artigo 94 inciso I da lei 11.101/05), pois mesmo se o juiz entender pela não legitimidade do valor da inicial de um dos pedidos e ainda restarem outros em quantidade que supere os quarenta salários mínimos a falência será decretada, é o que demonstra o § 2º do artigo 96.

Como matéria de defesa pode-se mencionar o depósito elisivo previsto no artigo 98 parágrafo único da lei 11.101/05:

Nos pedidos baseados nos incisos I e II do caput do art. 94 desta Lei, o devedor poderá, no prazo da contestação, depositar o valor correspondente ao total do crédito, acrescido de correção monetária, juros e honorários advocatícios, hipótese em que a falência não será decretada e, caso julgado procedente o pedido de falência, o juiz ordenará o levantamento do valor pelo autor. (CAHALI, 2009, p. 1498)

“*Elisvo, do verbo elidir, significa eliminar suprimir*” (ALMEIDA, 2009, p.82). Assim, uma vez apresentando o depósito elisivo não mais se pode falar em falência, “*o depósito do quantum afasta esta presunção demonstrando a solvabilidade do devedor. Por isto se fala em “elisão”. A pretensão é afastada elidindo-se a falência.*” (FRANCO E SZTANJ, 2008, p.105).

Para o depósito ser aceito é imprescindível que ao valor do crédito seja acrescido correção monetária, os juros e honorários advocatícios, sendo que somente o pedido de falência com base nos inciso I e II do artigo 94 da lei 11.101/05 legitima a possibilidade do depósito elisivo, pois o inciso III do artigo acima citado elenca hipóteses de atos falimentares os quais caracterizam uma ameaça a esfera subjetiva de terceiros credores pela suspeita de insolvência.

Dessa forma pode-se resumir a defesa do devedor uma vez citado em: a) efetuar o depósito elisivo e contestar; b) efetuar o depósito elisivo e não contestar e c) contestar. No primeiro caso em virtude do depósito afasta-se a possibilidade do juiz em apreciar o pedido falimentar, o qual passará analisar a legitimidade do crédito; no segundo caso apresentado somente o depósito sem defesa é de se concluir que o devedor na verdade está confessando a dívida, não restando outra ação para o magistrado se não chamar o credor para levantar o valor ora depositado e na última hipótese tem-se somente a defesa sem o depósito uma verdadeira temeridade, pois se a matéria do devedor trazida para análise judicial não for aceita a falência consequentemente será decretada.

### 2.2.8. Decreto de falência

Não aceito os argumentos do devedor em sua contestação sem que tenha feito o depósito elisivo o juiz decretará a falência do empresário ou sociedade empresária, sendo que de acordo com o artigo 99 incisos da lei 11.101/05 este decreto determinará:

- I – conerá a síntese do pedido, a identificação do falido e os nomes dos que forem a esse tempo seus administradores;
- II – fixará o termo legal da falência, sem poder retrotraí-lo por mais de 90 (noventa) dias contados do pedido de falência, do pedido de recuperação judicial ou do 1º (primeiro) protesto por falta de pagamento, excluindo-se, para esta finalidade, os protestos que tenham sido cancelados;
- III – ordenará ao falido que apresente, no prazo máximo de 5 (cinco) dias, relação nominal dos credores, indicando endereço, importância, natureza e classificação dos respectivos créditos, se esta já não se encontrar nos autos, sob pena de desobediência;
- IV – explicitará o prazo para as habilitações de crédito, observado o disposto no § 1º do art. 7º desta Lei;
- V – ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o falido, ressalvadas as hipóteses previstas nos §§ 1º e 2º do art. 6º desta Lei;
- VI – proibirá a prática de qualquer ato de disposição ou oneração de bens do falido, submetendo-os preliminarmente à autorização judicial e do Comitê, se houver, ressalvados os bens cuja venda faça parte das atividades normais do devedor se autorizada a continuação provisória nos termos do inciso XI do caput deste artigo;
- VII – determinará as diligências necessárias para salvaguardar os interesses das partes envolvidas, podendo ordenar a prisão preventiva do falido ou de seus administradores quando requerida com fundamento em provas da prática de crime definido nesta Lei;
- VIII – ordenará ao Registro Público de Empresas que proceda à anotação da falência no registro do devedor, para que conste a expressão “Falido”, a data da decretação da falência e a inabilitação de que trata o art. 102 desta Lei;
- IX – nomeará o administrador judicial, que desempenhará suas

funções na forma do inciso III do caput do art. 22 desta Lei sem prejuízo do disposto na alínea a do inciso II do caput do art. 35 desta Lei;

- X – determinará a expedição de ofícios aos órgãos e repartições públicas e outras entidades para que informem a existência de bens e direitos do falido;
- XI – pronunciar-se-á a respeito da continuação provisória das atividades do falido com o administrador judicial ou da lacração dos estabelecimentos, observado o disposto no art. 109 desta Lei;
- XII – determinará, quando entender conveniente, a convocação da assembléia-geral de credores para a constituição de Comitê de Credores, podendo ainda autorizar a manutenção do Comitê eventualmente em funcionamento na recuperação judicial quando da decretação da falência;
- XIII – ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento, para que tomem conhecimento da falência.

Parágrafo único. O juiz ordenará a publicação de edital contendo a íntegra da decisão que decreta a falência e a relação de credores. (CAHALI, 2009, p. 1498-1499)

Lembrando que do decreto da falência caberá agravo.<sup>8</sup>

### **3. RECUPERAÇÃO JUDICIAL.**

A recuperação judicial de empresas na atualidade assume papel de destaque, permitindo que empresas que passem por uma crise econômica venham se recuperar, se tal crise mostra-se insuperável a falência inevitavelmente será decretada.

O próprio artigo 47 de lei de recuperação de empresas e falência, no capítulo que se destina a recuperação judicial elenca verdadeiros princípios da norma em comento que devem ser seguidos tanto ao se pensar em recuperação judicial quanto em falência.

---

<sup>8</sup> Artigo 100 da lei Falimentar: “Da decisão que decreta a falência cabe agravo, e da sentença que julga a improcedência do pedido cabe apelação.” (CAHALI, 2009, p. 1499)

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. (CAHALI, 2009, p.1482)

A norma menciona o termo “manutenção da fonte produtora”, ou seja, permitir a continuidade empresarial tanto quanto possível; “o emprego dos trabalhadores” vez que a empresa em funcionamento mantém o pleno emprego, bem como beneficia o próprio mercado, pois com a parcela de ajuda desses trabalhadores o capital circula fazendo que outras empresas venham lucrar, logo gerando lucro, e assim mais empregos e tributos. Têm-se ainda os “interesses dos credores”, disposição de caráter fundamental, os credores têm direito de receber aquilo que lhe fora contratado, por isso tanto na recuperação quanto na falência seus interesses devem ser preservados para que não gere uma insegurança jurídica. A “preservação da empresa” a “função social” e o “estímulo à atividade econômica” também são de fundamental importância, sendo que a preservação da empresa esta em primeiro lugar, pois com a preservação da empresa ter-se-ia a possibilidade de cumprimento da função social e o estímulo à atividade econômica.

### **3.1. Procedimento da Recuperação Judicial a Assembleia de Credores.**

Fazendo uma síntese do procedimento de recuperação judicial<sup>9</sup> observa-se que esta pode ser requerida pelo devedor empresário ou sociedade empresária que exerça atividade empresarial há mais de dois anos e que atenda cumulativamente os requisitos do artigo 48<sup>10</sup> da lei de recuperação de empresas e falências. A recuperação

---

<sup>9</sup> Esta parte do estudo não pretende analisar todas as nuances da recuperação judicial, mas somente estabelecer de forma sucinta momentos específicos da recuperação judicial até que se chegue a assembleia geral de credores.

<sup>10</sup> Artigo 48 “Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

judicial não poderá abranger a totalidade dos créditos do empresário, pois a norma legal estabelece duas restrições previstas no artigo 48 parágrafos 3º e 4º<sup>11</sup>.

Desta forma cabe ao empresário providenciar a petição inicial de recuperação judicial, a qual deverá conter os requisitos estabelecidos pelo artigo 51 da lei 11.101./05:

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;

---

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

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

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

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

Parágrafo único. A recuperação judicial também poderá ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente.” (CAHALI, 2009, p.1482).

<sup>11</sup> “§ 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.” (CAHALI, 2009,p.1482).

- 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. (CAHALI, 2009, p.1484).

Cabe ressaltar a importância para o tema proposto neste estudo, o inciso III, pois se verifica com a relação de credores apresentada pelo devedor a possibilidade de formar a assembleia geral de credores.

Apresentada a petição inicial o magistrado verifica se documentação esta em conformidade com a lei, assim sendo defere o processamento da recuperação judicial e no mesmo ato segundo o artigo 52 da lei de recuperação de empresas e falências:

- I – nomeará o administrador judicial, observado o disposto no art. 21 desta Lei;

- II – determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observando o disposto no art. 69 desta Lei;
- III – ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, na forma do art. 6º desta Lei, permanecendo os respectivos autos no juízo onde se processam, ressalvadas as ações previstas nos §§ 1º, 2º e 7º do art. 6º desta Lei e as relativas a créditos excetuados na forma dos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei;
- IV – determinará ao devedor a apresentação de contas demonstrativas mensais enquanto perdurar a recuperação judicial, sob pena de destituição de seus administradores;
- V – ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento. (CAHALI, 2009, p.1485).

Lembrando que no momento que se defere o processamento não esta abrindo possibilidade de cumprimento da recuperação, mas tem-se uma fixação temporal para que o devedor apresente o plano de recuperação judicial em 60 dias da publicação da decisão que defere este processamento<sup>12</sup>.

O plano de recuperação judicial deve atender certos requisitos estabelecidos pelo artigo 52 como:

- I – discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo.
- II – demonstração de sua viabilidade econômica.
- III – laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada. (CAHALI, 2009, p.1485-1486)

---

<sup>12</sup> Artigo 53 da LRE “O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convalidação em falência...”(CAHALI, 2009, p.1486).

Após essa fase inicial o magistrado recebe o plano de recuperação judicial e abre prazo para que qualquer credor manifeste sua objeção ao plano de recuperação, existindo objeção o juiz convocará a assembleia geral de credores para deliberar sobre a aprovação ou não, do referido plano<sup>13</sup>.

Caso o plano de recuperação seja rejeitado pela assembleia e desde que não estejam presentes os requisitos do artigo 58 § 1<sup>o</sup><sup>14</sup> e incisos, a falência será decretada segundo artigo 56 § 4<sup>o</sup> “rejeitado o plano de recuperação pela assembleia geral de credores, o juiz decretará a falência”.

#### 4 . ASSEMBLEIA GERAL DE CREDITORES

Após analisar requisitos até que se tenha um decreto falimentar ou uma recuperação judicial, passa-se ao ponto chave deste trabalho, ou seja, a não observância do princípio constitucional da inafastabilidade

---

<sup>13</sup> Artigo 55 “Qualquer credor poderá manifestar ao juiz sua objeção ao plano de recuperação judicial no prazo de 30 (trinta) dias contado da publicação da relação de credores de que trata o § 2<sup>o</sup> do art. 7<sup>o</sup> desta Lei.

Parágrafo único. Caso, na data da publicação da relação de que trata o **caput** deste artigo, não tenha sido publicado o aviso previsto no art. 53, parágrafo único, desta Lei, contar-se-á da publicação deste o prazo para as objeções.

Artigo 56. Havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz convocará a assembleia geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação.” (CAHALI, 2009, p. 1486-1487).

<sup>14</sup> Artigo 58. “Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembleia geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.

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

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

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

III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1<sup>o</sup> e 2<sup>o</sup> do art. 45 desta Lei.” (CAHALI, 2009, p.1487).

da jurisdição em virtude do mandamento legal do artigo 40 da lei de recuperação de empresas e falência o qual esta diretamente relacionado com o instituto da assembleia geral de credores.

A assembleia geral de credores era figura conhecida desde de 1945 e continua existindo na atual, pode ser definida como “*órgão colegiado e deliberativo responsável pela manifestação do interesse ou vontade predominantes entre os que titularizam crédito perante a sociedade empresária...*” (COELHO, 2010, p.392).

Ou ainda como “*órgão deliberativo, no qual podem manifestar-se os credores, convocando e instalando na forma da lei e que tem por função examinar, debater e decidir sobre matérias de sua atribuição exclusiva discriminada no art. 35, I e II da LRE.*” (LOBO, 2005, p.86).

O poder da assembleia geral não é decisório, não substitui o poder jurisdicional, é órgão tanto da falência quanto da recuperação judicial, sendo que no artigo 35 inciso I e II da lei 11.101/05<sup>15</sup> elenca matéria diga-se, não exaustiva, em que a assembleia tem competência para deliberar.

Quanto a competência para convocação:

---

<sup>15</sup> “A assembleia geral de credores terá por atribuições deliberar sobre:

I – na recuperação judicial:

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

II – na falência:

- a) vetado
- b) a constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição;
- c) a adoção de outras modalidades de realização do ativo, na forma do art. 145 desta Lei;
- d) qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores.” (CAHALI, 2009, p. 1497)

É exclusiva do magistrado, embora tanto o administrador judicial (art.22, I, g, LRE) quanto o comitê de credores (art. 27, I, e, LRE) e, ainda, credores representando 25% (vinte e cinco por cento) do total dos créditos de uma determinada classe (art.36§2º, LRE) possam requerer ao juiz sua instalação. (FRANCO E SZTANJ, 2008, p.80).

Em princípio pode-se afirmar que a assembleia geral é presidida pelo administrador judicial, o qual designa um secretário entre os credores presentes, porém matéria que venha tratar do afastamento do administrador ou que haja incompatibilidade deste a assembleia deve ser presidida pelo credor presente que seja titular do maior crédito.<sup>16</sup>

A assembleia instalar-se-á em primeira convocação com a presença de credores titulares de mais da metade do crédito de cada classe computado pelo valor, mas caso não seja possível alcançar tal marca tem-se uma segunda convocação que considerará qualquer número, devendo o credor assinar a lista de presença a qual é encerrada no momento da instalação da assembleia. Pode o credor ser representado nos moldes do artigo 37 § 4º; 5º e 6º I da lei 11.101/05.<sup>17</sup> Do ocorrido na assembleia deverá ser lavrado uma ata a qual conterà o nome dos presentes e a assinatura do presidente, devedor e de 2 (dois) membros de cada classe votante, entregando-a ao juiz juntamente com a lista de presença em 48 horas (artigo 37 § 7º da lei 11.101/05).

---

<sup>16</sup> Artigo 37 § 1º e 2º da lei 11.101/05.

<sup>17</sup>Artigo 37 “§ 4º O credor poderá ser representado na assembleia geral por mandatário ou representante legal, desde que entregue ao administrador judicial, até 24 (vinte e quatro) horas antes da data prevista no aviso de convocação, documento hábil que comprove seus poderes ou a indicação das folhas dos autos do processo em que se encontre o documento.

§ 5º Os sindicatos de trabalhadores poderão representar seus associados titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho que não comparecerem, pessoalmente ou por procurador, à assembleia.

§ 6º Para exercer a prerrogativa prevista no § 5º deste artigo, o sindicato deverá:

I – apresentar ao administrador judicial, até 10 (dez) dias antes da assembleia, a relação dos associados que pretende representar, e o trabalhador que conste da relação de mais de um sindicato deverá esclarecer, até 24 (vinte e quatro) horas antes da assembleia, qual sindicato o representa, sob pena de não ser representado em assembleia por nenhum deles.” (CAHALI, 2009, p. 1480)

As pessoas que terão direito a voto estão definidas no artigo 39 da lei de recuperação de empresas e falência<sup>18</sup>, e a sua composição obedece ao disposto no artigo 41 incisos e parágrafos:

A assembleia geral será composta pelas seguintes classes de credores:

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

II – titulares de créditos com garantia real.

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

§ 1º Os titulares de créditos derivados da legislação do trabalho votam com a classe prevista no inciso I do caput deste artigo com o total de seu crédito, independentemente do valor.

§ 2º Os titulares de créditos com garantia real votam com a classe prevista no inciso II do caput deste artigo até o limite do valor do bem gravado e com a classe prevista no inciso III do caput deste artigo pelo restante do valor de seu crédito. (CAHALI, 2009, p. 1481)

Todavia pode acontecer que antes da realização da assembleia geral de credores já exista discussão a cerca de existência, quantificação ou qualificação de determinado crédito pertencente a um credor que poderia modificar totalmente a decisão sobre determinada pauta, pois de acordo com artigo 42 da lei falimentar:

---

<sup>18</sup> “Terão direito a voto na assembleia geral as pessoas arroladas no quadro-geral de credores ou, na sua falta, na relação de credores apresentada pelo administrador judicial na forma do art. 7º, § 2º, desta Lei, ou, ainda, na falta desta, na relação apresentada pelo próprio devedor nos termos dos arts. 51, incisos III e IV do caput, 99, inciso III do caput, ou 105, inciso II do caput, desta Lei, acrescidas, em qualquer caso, das que estejam habilitadas na data da realização da assembleia ou que tenham créditos admitidos ou alterados por decisão judicial, inclusive as que tenham obtido reserva de importâncias, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 10 desta Lei.

§ 1º Não terão direito a voto e não serão considerados para fins de verificação do quorum de instalação e de deliberação os titulares de créditos excetuados na forma dos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei.” (CAHALI, 2009, p. 1480)

Considerar-se-á aprovada a proposta que obtiver votos favoráveis de credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembléia-geral, exceto nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial nos termos da alínea a do inciso I do caput do art. 35 desta Lei, a composição do Comitê de Credores ou forma alternativa de realização do ativo nos termos do art. 145 desta Lei. (CAHALI, 2009, p. 1481)

Conclui-se que pelo bom andamento do procedimento falimentar e da recuperação judicial, o credor que tenha seu crédito sendo objeto de discussão judicial, poderia se valer liminarmente de uma decisão para suspender ou adiar a pauta do dia na assembleia de credores até que a legitimidade de seu crédito seja atestada judicialmente, uma vez que o seu voto pode ser considerado fundamental tanto para deliberações que diga respeito à falência quanto pela própria continuidade da empresa na assembleia em sede de recuperação judicial (como se verificou no item 3.1). Mas o que acontece é o inverso uma vez que o artigo 40 da lei 11.101/05 dispõe:

Não será deferido provimento liminar, de caráter cautelar ou antecipatório dos efeitos da tutela, para a suspensão ou adiamento da assembléia-geral de credores em razão de pendência de discussão acerca da existência, da quantificação ou da classificação de créditos. (CAHALI, 2009, p. 1339)

Observa-se que o artigo supracitado atenta contra o direito do credor e pode até mesmo ser considerado inconstitucional por desprezar o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

## **5. A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 40 DA LEI FALIMENTAR EM VIRTUDE DO PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL**

### **5.1. Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional**

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional está consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil de

1988 pelo artigo 5º inciso XXXV “*a lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.*” (CAHALI, 2009, p. 27)

Este princípio demonstra que não pode um instrumento legal, impedir que o cidadão faça valer seu direito de acionar o poder judiciário com intuito de afastar uma lesão ou ameaça a seu direito. Cabe destacar que nem sempre foi assim, pois no período de 1968 fora editado o AI 5 quem em seu artigo 11 excluía de qualquer apreciação judicial atos praticados de acordo com o próprio Ato Institucional e seus Atos Complementares. Mas felizmente “*o período de exceção do estado de direito passou e o país voltou a normalidade institucional, com o advento da CF de 1988, que não mais permite qualquer tipo de ofensa à garantia do direito de ação.*” (NERY JÚNIOR, 2002, p.100).

Demonstra a Constituição da República de 1988 que não cabe mais qualquer tipo de exclusão a direito de ação, seja consubstanciado em uma ameaça ou uma efetiva lesão, a lei não pode de maneira alguma excluir o cidadão ao acesso judicial, mesmo no que tange a medidas cautelares ou antecipatórias.

Segundo Gilmar Mendes:

A Constituição não exige que essa lesão ou ameaça seja proveniente do Poder Público, o que permite concluir que estão abrangidas tanto as decorrentes de ação ou omissão de organizações públicas como aquelas originadas de conflitos privados. Ressalte-se que não se afirma a proteção judicial efetiva apenas em face de lesão efetiva, mas também qualquer lesão potencial ou ameaça de direito. Assim a proteção judicial efetiva abrange também as medidas cautelares ou antecipatórias à proteção do direito. (MENDES, 2009, p.540).

Alexandre de Moraes comenta sobre o tema:

O poder judiciário desde que haja plausibilidade da ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio base que rege a jurisdição... (MORAES, 2002, p.103).

Lembrando que a titularidade do direito a proteção judicial esta tanto para as pessoas naturais quanto para as pessoas jurídicas “*até mesmo as pessoas jurídicas de direito público interno ou as pessoas jurídicas de direito público estrangeiras gozam do direito de proteção judicial efetiva contra lesão ou ameaça de lesão a direito.*” (MENDES, 2009, p.553).

Dessa forma passa-se a análise do artigo 40 da lei de recuperação de empresas e falência, demonstrando como essa norma falimentar afronta o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

## **5.2. Artigo 40 da lei 11.101/05 como Desrespeito ao Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição**

O artigo 40 da lei 11.101/05 trata de matéria relacionada a assembleia geral de credores, vedando a possibilidade de liminar seja de caráter cautelar ou antecipatório dos efeitos de tutela, para suspender a assembleia em virtude de discussão sobre existência, quantificação ou classificação de crédito.

Não será deferido provimento liminar, de caráter cautelar ou antecipatório dos efeitos da tutela, para a suspensão ou adiamento da assembléia-geral de credores em razão de pendência de discussão acerca da existência, da quantificação ou da classificação de créditos. (CAHALI, 2009, p. 1481).

É importante destacar que a disposição prevista neste artigo pode prejudicar o direito do credor no procedimento falimentar ou inviabilizar uma recuperação judicial: imagine um credor trabalhista que seja titular de 90 % (noventa por cento) do crédito total da classe e esse quantum representaria o a maioria do valor total dos créditos presentes na assembleia, (credor devidamente habilitado<sup>19</sup>), mas tal

---

<sup>19</sup> Artigo 39 da lei falimentar “Terão direito a voto na assembléia-geral as pessoas arroladas no quadro-geral de credores ou, na sua falta, na relação de credores apresentada pelo administrador judicial na forma do art. 7º, § 2º, desta Lei, ou, ainda, na falta desta, na relação apresentada pelo próprio devedor nos termos dos arts. 51, incisos III e IV do caput, 99, inciso III do caput, ou 105, inciso II

crédito em 80% (oitenta por cento) do valor esta sendo objeto de discussão judicial (lembrando que de acordo com o artigo 38 da lei falimentar o voto na assembleia de credores é proporcional ao valor de seu crédito) dessa forma participando da assembleia terá o voto reduzido até que se apure judicialmente o montante, podendo ter uma proposta que seja contra seu interesse aprovada ou ver rejeitada uma proposta que lhe beneficiaria.

Com certeza tal credor será prejudicado, pois mesmo sabendo da legitimidade de seu crédito não teria meios de adiar ou suspender certas votações na assembleia, vez que o próprio artigo 40 da lei 11.101/05 veda essa possibilidade, uma afronta ao princípio constitucional do direito de ação, o qual de forma contrária demonstra que a lei não excluirá de apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça de direito.

Nelson Nery Júnior leciona sobre o assunto:

Isto ocorre causuisticamente no direito brasileiro, com a edição de medida provisória ou mesmo de leis que restringem ou proíbem a concessão de liminar, o mais das vezes contra o poder público. Essas normas têm de ser interpretadas conforme a Constituição. Se forem instrumentos impeditivos de o jurisdicionado obter a tutela jurisdicional adequada, estarão em desconformidade com a Constituição e o juiz deverá ignorá-las, concedendo liminar independentemente de a norma legal proibir essa concessão. (NERY JUNIOR, 2002, p.100).

Vê-se claramente que o artigo esta em desconformidade com o princípio elencado pela Constituição da República, no caso concreto deve o juiz admitir a liminar de caráter cautelar ou antecipatório dos efeitos de tutela, pois o direito do credor que tem seu crédito discutido na quantidade, existência ou classificação pode ser prejudicado na assembleia geral de credores, configurando assim uma lesão potencial

---

do caput, desta Lei, acrescidas, em qualquer caso, das que estejam habilitadas na data da realização da assembléia ou que tenham créditos admitidos ou alterados por decisão judicial, inclusive as que tenham obtido reserva de importâncias, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 10 desta Lei.” (CAHALI, 2009, p. 1480)

a seu direito, logo se tem uma verdadeira ameaça. Não é crível aceitar que a própria lei impeça o cidadão de ter uma ameaça a seu direito afastada, pois se assim fosse a instabilidade jurídica estaria instalada.

Pode-se argumentar pela possibilidade do credor anular a assembleia utilizando-se do dispositivo legal do artigo 39 § 3<sup>o</sup> da lei 11.101/05, porém isso somente retardaria o procedimento falimentar e geraria mais custos com uma possível convocação da assembleia para deliberar novamente sobre a mesma matéria a qual causara prejuízos a determinado credor.

Também cabe mencionar 17 parágrafo único, como forma de solucionar o problema.

Da decisão judicial sobre a impugnação caberá agravo.

Parágrafo único. Recebido o agravo, o relator poderá conceder efeito suspensivo à decisão que reconhece o crédito ou determinar a inscrição ou modificação do seu valor ou classificação no quadro-geral de credores, para fins de exercício de direito de voto em assembleia-geral. (CAHALI, 2009, p.1472).

---

<sup>20</sup> Pode-se destacar o parágrafo terceiro e o segundo do artigo 39 da lei falimentar: “§ 2<sup>o</sup> As deliberações da assembleia-geral não serão invalidadas em razão de posterior decisão judicial acerca da existência, quantificação ou classificação de créditos. § 3<sup>o</sup> No caso de posterior invalidação de deliberação da assembleia, ficam resguardados os direitos de terceiros de boa-fé, respondendo os credores que aprovarem a deliberação pelos prejuízos comprovados causados por dolo ou culpa.”

Pode-se observar que em primeiro momento o parágrafo segundo viria excluir a possibilidade de invalidação da assembleia geral em virtude de decisão judicial, um absurdo, pois se teria uma positividade para possíveis ilícitos, todavia o legislador se retrata no parágrafo terceiro e abre essa possibilidade de invalidação resguardando o direito de terceiros de boa-fé e condenando em perdas e danos os agentes que atuaram com culpa ou dolo causando prejuízo.

Manuel Justino comenta sobre o assunto: “Certamente se a deliberação trouxe prejuízos e se foi fruto de manipulação ou resultado de voto de pessoas com crédito simulado, será invalidada- tento é assim que o § 3<sup>o</sup>, logo em seguida, estabelece regras para o caso de invalidação da decisão da assembleia.” (BEZERRA FILHO, 2009, p.114).

Todavia o prejuízo ao credor ainda é facilmente verificável, pois o artigo 17 necessita de uma decisão judicial, a qual muitas vezes não atenderia a urgência que uma recuperação judicial ou que uma deliberação na falência reclamaria, logo o credor ficaria sem participar da assembleia. Destaca-se ainda o fato de que a norma em comento menciona que recebido o agravo o relator poderá conceder efeito suspensivo a decisão judicial, não dando caráter de obrigatoriedade, ficando ao arbítrio do relator, o qual pode entender a não aplicabilidade desse efeito no caso concreto, levando assim um prejuízo ao direito do credor e do devedor, pois se observa possibilidade de inviabilizar uma recuperação judicial ou importantes votações na falência, vez que o voto daquele credor cujo crédito se discute poderia ser considerado fundamental para uma aprovação ou rejeição da pauta do dia.

Então, mesmo existindo a regra do artigo 40 da lei 11.101/2005, deve o juiz ao receber um pedido de credor para suspensão da assembleia geral de credores em virtude de uma possível discussão acerca da existência de seu crédito, da qualificação ou quantificação deferir provimento liminar, baseando sua decisão pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, logo fazendo um trabalho Hercúleo e assumindo o direito como um sistema de princípios interpretáveis.

Ao assumir o direito como um sistema de princípios historicamente interpretáveis, o nosso juiz herói, exatamente porque mortal, vai se esforçar para construir uma decisão que não seja simplesmente aceita pelas partes afetadas por seu veredicto. Isso porque Hércules não quer fazer acreditar que sua decisão seja válida em razão de sua mera autoridade de juiz.

[...]

Assim, avança Hércules na crença de que lhe será possível alcançar a partir dos princípios jurídicos, interpretáveis à luz do sentido do Direito, qual seja, o igual reconhecimento de liberdades a todos, a resposta que seja adequada, correta, pois, àquele caso.

[...] Hércules se esforçou para construir uma solução que fosse não meramente aceita pelas partes daquele processo, mas sim argumentativamente sustentável a qualquer cidadão daquela comunidade jurídica [...]. (CHAMON JÚNIOR, 2008, p.153-154).

Atuando dessa maneira, tanto o direito de credores quanto o procedimento falimentar estarão sendo resguardados, bem como se terá uma decisão argumentativamente sustentável a luz de princípios constitucionais.

## 6. CONCLUSÃO

No começo dos estudos buscou-se demonstrar que a execução de um devedor impontual recaia sobre a sua própria pessoa, castigos corporais, escravização e até pena de morte poderiam ser-lhe aplicadas como sanção pelo não cumprimento de uma obrigação. Tal sistema perdura até a edição da *Lex Poetelia Papiria* a qual modifica o sistema de execução passando agora a incidir sobre o patrimônio do devedor. Nestes moldes se vislumbra o procedimento “falimentar”, o qual não se apresentava como atualmente, mas sempre tivera como cerne o não adimplemento pelo devedor e conseqüentemente sua execução pelo credor ou credores.

A lei vigente 11.101/05 resguarda a falência, recuperação judicial e extrajudicial apenas para empresário e sociedade empresária. Para se falar em falência não basta somente a caracterização da impontualidade, mas a insolvência deve estar presente e se for confirmada a falência tem-se um verdadeiro processo de execução coletiva contra devedor insolvente. Na recuperação judicial verifica-se uma oportunidade para que empresas recuperáveis não venham sair do mercado prejudicando os trabalhadores e a economia em geral.

Órgão importante na falência e primordial na recuperação judicial é a assembleia geral de credores, pois na falência tem poder deliberativo sobre certas matérias e na recuperação judicial quando se tem objeção ao plano de recuperação terá atuação fundamental, pois a partir de sua deliberação a empresa poderá continuar funcionando ou estar fadada a falência. Todavia pode acontecer que certos credores que teriam interesse direto na pauta a ser tratada pela assembleia estejam com seus créditos em discussões judiciais acerca da quantidade, classificação ou existência e para não ficarem prejudicados na votação decidam pedir judicialmente a suspensão ou adiamento desta até que

a pendência seja resolvida, porém não poderão acionar o judiciário, pois a lei 11.101/05 lhes nega expressamente essa possibilidade em virtude da norma do artigo 40 a qual veda a concessão de provimento liminar, de caráter cautelar ou antecipatório dos efeitos da tutela para suspensão ou adiamento da assembleia em virtude de qualquer tipo de discussão de crédito. Logo se percebe que tal artigo caminha contra o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição o qual demonstra expressamente que a lei não excluirá de apreciação pelo poder judiciário lesão ou ameaça de direito.

Claramente se verifica que credor que tenha qualquer tipo de discussão sobre seu crédito pode ser prejudicado em seus interesses na assembleia geral de credores, pois o voto nas deliberações da assembleia é proporcional ao valor do crédito, assim para afastar qualquer prejuízo dever-se-ia ou suspender ou adiar a pauta da assembleia de credores até que seja resolvido o problema de certo credor, o qual em determinados casos poderia representar a maioria do crédito de certa classe ou até mesmo de todos os presentes, podendo influenciar na votação do dia e até decidir o futuro da empresa.

Admitindo essa possibilidade de liminar a tutela jurisdicional será efetiva e atenderá de forma plena o princípio do direito de ação, assim tanto o procedimento da falência quanto da recuperação judicial terão meios de serem cumpridos de forma eficiente.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

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

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco; Coelho, Inocêncio Mártires; Mendes Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

*CAHALI, Yussef Said (Org.). Código civil; Código de processo civil; Código comercial; Legislação civil; Processual civil e empresarial; Constituição Federal. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 1932 p. (RT mini códigos).*

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Chamon. **Teoria da Argumentação Jurídica**: Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes no Direito Moderno. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. vol. 3. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERREIRA, Waldemar Martins. **Tratado de Direito Comercial**, v.14. São Paulo: Saraiva, 1965.

FRANCO, Vera Helena de Mello, SZTAJN, Raquel. **Falência e recuperação da empresa em crise**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

LOBO, Jorge. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências**. In: ABRÃO, Carlos Henrique, TOLEDO, Paulo Salles.(Coord). São Paulo: Saraiva, 2005.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**: falência e recuperação de empresas, v. 4. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

*MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2002.*

*NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.*