

DO DESPACHO DE PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS NA NOVA LEI N. 11.101/2005. CABE RECURSO?

*Maria Celeste Morais GUIMARÃES**

RESUMO

Com a edição da Lei n. 11.101/2005, que introduziu no direito brasileiro o instituto da recuperação judicial de empresas, previu-se no art. 52 da lei que o juiz deferirá o pedido de processamento da recuperação judicial, estando em termos a documentação exigida no art. 51, da mesma lei. Desta decisão, a lei não previu recurso. Considerando que o processamento do pedido de recuperação judicial traz inúmeros efeitos tanto para o devedor, como para credores e demais terceiros que contrataram com o empresário, o presente trabalho analisa a admissibilidade da interposição de recurso, em face desta decisão judicial, no caso o agravo, aplicando-se subsidiariamente a norma geral processual, o CPC. O Superior Tribunal de Justiça – STJ, ao tempo da concordata preventiva, regida pelo Decreto-Lei n. 7.661/45, editou a Súmula 264, que considerou irrecorrível tal decisão. Demonstramos, ao final, que, em se tratando de recuperação judicial, tal posição do STJ deve ser revista.

PALAVRAS-CHAVE: Recuperação judicial de empresas. Despacho judicial de processamento. Recurso. Cabimento.

* Professora nas Faculdades de Direito da UFMG e Milton Campos. Advogada. Mestre em Direito Empresarial pela UFMG e. Membro efetivo do Instituto dos Advogados de Minas Gerais.

Maria Celeste Morais Guimarães

SUMÁRIO: 1– Introdução. 2– Da natureza jurídica do despacho judicial de processamento do pedido de recuperação judicial. 3– Dos efeitos do despacho judicial de processamento do pedido de recuperação. 4– Da admissibilidade da interposição de recurso. 5– Conclusão

1. INTRODUÇÃO

Dispõe o *art. 52* da nova Lei n. 11.101/2005 que, “estando em termos a documentação exigida no *art. 51* desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial”.

A ação de recuperação judicial, ou o seu processo, inicia-se, assim, com o deferimento do pedido pelo juiz que a manda processar. Nesse instante, surgem as principais conseqüências que dela decorrem, dentre elas, a suspensão do curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário, nos termos do *art. 6º* da nova lei.

É o despacho do juiz, pois, que determina essas medidas, daí a importância deste ato judicial no processo. O despacho judicial de processamento do pedido de recuperação não é novidade no direito concursal brasileiro. O Decreto-Lei n. 7.661/45, no que dispunha sobre a concordata preventiva, foi alterado pela Lei n. 7.274 de 10/12/1984, para cuja elaboração concorreu o renomado jurista paranaense Rubens Requião. Visando tornar mais ágil e eficiente a ação de concordata, pela Portaria nº 0115, de 24/02/1983, foi constituído um Grupo de Trabalho nomeado pelo então Ministro da Justiça, que apresentou sugestões e elaborou propostas de documento legislativo disciplinador de Falência e Concordata. Dentre as medidas sugeridas, que foram incorporadas ao Decreto-Lei n. 7.661/45, pela citada Lei n. 7.274/84, estava a introdução no processo da concordata preventiva do “despacho de processamento do pedido”, previsto no então *parágrafo 1º, do art. 161*.

A finalidade de tal *despacho*, assim denominado, para não confundi-lo com a sentença concessiva da concordata preventiva, era a de introduzir no processo uma fase intermediária, de natureza

Maria Celeste Morais Guimarães

cognitiva, entre o pedido e a sentença, de modo a propiciar ao magistrado maiores elementos na sua decisão de conceder ou não a concordata, vez que no regime do Decreto-Lei n. 7.661/45, a concordata sabidamente era uma concessão do juiz, nos dizeres de Fábio Konder Comparato, uma *verdadeira concordata-sentença*.

Tal experiência, como se vê, foi mantida pela Lei n. 11.101/2005, que, em seu *art. 52*, dispôs que “o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial”.

Do despacho ordenatório que defere ou indefere o processamento do pedido de recuperação judicial a lei não previu recurso. Seria ele, então, irrecurável ou, ao silêncio da lei, poder-se-á aplicar o sistema recursal do CPC?

É sobre tais questões que iremos debater no presente trabalho, com o fim de trazer uma contribuição à boa aplicação da nova lei de falência e recuperação judicial de empresas pelos seus operadores.

2. DA NATUREZA JURÍDICA DO DESPACHO JUDICIAL DE PROCESSAMENTO DO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Inicialmente, é bom que se esclareça que, na vigência do Decreto-Lei n. 7.661/45, a lei também era omissa acerca do recurso cabível do despacho que deferia o pedido de processamento da concordata preventiva. Assim, a doutrina e a jurisprudência, à época, divergiam sobre a possibilidade ou não de interposição de recurso, como se vê das decisões a seguir colacionadas:

Afavor: RECURSO – AGRAVO DE INSTRUMENTO – DESPACHO QUE DEFERE PROCESSAMENTO DE CONCORDATA PREVENTIVA – APLICABILIDADE DO SISTEMA RECURSAL DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – Arts. 207 e 210 do Dec. Lei 7661/45 – Cabimento do recurso. (RJTJESP, 135/305).

Contra: CONCORDATA – DESPACHO INICIAL – O DESPACHO DO JUIZ MANDANDO PROCESSAR A CONCORDATA NÃO ENSEJA RECURSO. Recurso especial não atendido. (STJ, RT, 675/227)

Com a edição da *Súmula 264* do STJ, pacificou-se o entendimento, ao tempo do regime do Decreto-lei n. 7.661/45, de que não cabia recurso do despacho judicial de processamento da concordata preventiva: “É irrecorrível o ato judicial que apenas manda processar a concordata preventiva.”

É sabido que na sistemática processual brasileira, o juiz está dotado de duas espécies de poderes: o de dar solução à lide, e o de conduzir o feito segundo o procedimento legal, resolvendo todos os incidentes que surgirem até o momento adequado à prestação jurisdicional. Durante a marcha processual e no exercício de seus poderes, o juiz pratica atos processuais de duas naturezas: *decisórios* e *não decisórios*.

Quanto aos atos *decisórios propriamente ditos*, ensina Humberto Theodoro Júnior (2007: 261)¹ “visa-se a preparar ou obter a declaração da vontade concreta da lei frente ao caso *sub iudice*”. A enumeração dos atos decisórios do juiz está feita pelo próprio Código, que, no *art. 162*, os classifica em *sentença*, *decisão interlocutória* e *despachos*.

O próprio Código, para superar divergências doutrinárias em torno da classificação e definição dos atos decisórios do juiz, os conceituou no *art. 162 e parágrafos*, assim dispostos:

- a) *Sentença*: “ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269” (com a redação dada pela Lei n. 11.232 de 2005);
- b) *Decisão interlocutória*: “é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente” (art. 162, parágrafo 2º); e
- c) *Despachos*: “todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma.” (art. 162, parágrafo 3º)

¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual, Teoria Geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 47. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1. p. 261.

Maria Celeste Morais Guimarães

O mestre Alfredo de Araújo Lopes da Costa (1941: 324)², ainda ao tempo do Código de 1939, com incontestáveis propriedade e atualidade sustentava que:

Os atos do juiz regulam a *marcha do processo* (despachos de simples movimento: manda citar o réu, a testemunha, o perito, designar dia para a vistoria, ordenar vista ao autor, marcar dia e hora para audiências), a *formação do fundo do processo* (mandar juntar documentos, inquirir testemunhas, tomar o depoimento da parte) ou *decidem as questões suscitadas*, sobre o processo ou sobre o mérito.

E conclui o eminente processualista:

As duas primeiras espécies representam a direção processual, que cabe ao juiz. São *despachos*. Os despachos podem ser *positivos* ou *negativos*, *deferindo* ou *indeferindo* os requerimentos. O termo, etimologicamente, melhor se aplica aos atos de simples impulso processual, aos que o Código nacional (de 1939) chama de “despachos de expediente”. A última espécie é constituída pelas *decisões* ou *sentenças*. Os atos do juiz são declarações de vontade. Não há vontade sem deliberação. Assim, todos eles são decisões, neste sentido.

Vê-se, portanto, que, às escancaras, no caso do despacho previsto no *art. 52* da Lei n. 11.101/2005, a despeito de o legislador tê-lo intitulado “despacho judicial” de processamento do pedido, não se trata *apenas* de um ato de impulso do processo, deferindo o requerimento do autor. Mas, sim, de decisão, eis que importa em deliberação do juiz no sentido de constituir um novo estado de direito, cujos efeitos repercutirão não só para o autor – o empresário ou sociedade empresária, como também para os credores e demais terceiros interessados que serão afetados por este *novo estado*, que é o da recuperação judicial.

Pela redação da *Súmula 264* do STJ – “é irrecorrível o ato que apenas manda processar” – verifica-se que aquela Colenda Corte enxerga este ato como apenas de impulso do processo. Esquece-se, contudo, de que, a partir dele, vários efeitos são produzidos no processo, inclusive *erga omnes*, afetando terceiros não intervenientes.

² LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito Processual Civil (Código de 1939)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1941. v. 1, p. 324.

O ato que manda processar o pedido de recuperação não pode ser resumido a um mero despacho de expediente, como poderia insinuar o próprio nome – *despacho* – que a ele foi dado pelo legislador em 1974 (Lei n. 7.272/74), o qual foi mantido pelo de 2005 (Lei n. 11.101).

Como explicar, então os efeitos que dele derivam? No caso da falência, os efeitos em relação à pessoa do falido, aos seus bens, quanto aos direitos dos credores e aos contratos, decorrem da *sentença declaratória* (art. 99 da Lei n. 11.101/2005), como já ocorria com o Decreto-Lei n. 7.661/45 (art. 14). No momento em que o legislador, ao modificar o processo da concordata preventiva – pela já citada Lei n. 7.274/74, introduziu o despacho judicial de processamento do pedido, pretendeu criar uma fase intermediária no processo, de natureza cognitiva, destinada a propiciar ao juiz elementos de convicção acerca do mérito do pedido.

Como já salientado na Introdução deste trabalho, a concordata preventiva no direito brasileiro constituía, nos dizeres de Rubens Requião (1993: 62),³ “um benefício outorgado pelo Estado, através de sentença judicial, ao empresário honesto e de boa fé, mas infeliz nos seus negócios.” Sua finalidade era a de facilitar o pagamento dos credores, com dilações de prazo ou remissão de parte da dívida, e, conseqüentemente, permitir ao empresário evitar a falência, reconstituindo sua atividade e nela prosseguindo. Para ser concedida a concordata, o empresário deveria, portanto, *merecer, fazer jus* ao benefício. Por isso, a lei impunha várias condições, *requisitos*, que, comprovados pelo devedor, ensejariam o deferimento do pedido por *sentença*. Embora o instituto tivesse a denominação de “concordata”, isto é, um *acordo* – pacto entre o devedor e os credores - sob o regime do Decreto-lei n. 7.661/45 nada disso ele continha, porque o juiz prescindia da manifestação dos credores para concedê-la ou não.

Aí está a razão da introdução de um procedimento *preliminar* na concordata preventiva, pelo legislador de 1974: permitir ao juiz formar seu convencimento acerca de ser devido ou não o benefício ao devedor.

³ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 2, p. 62.

Maria Celeste Morais Guimarães

Se tal procedimento foi mantido pela Lei n. 11.101 de 2005, que em nada o alterou, é de se concluir, sim, que o instituto da recuperação judicial é também um *benefício outorgado pelo Estado* ao empresário que preencha as condições legais e demonstre sua viabilidade econômica de forma a prosseguir em sua atividade, de reconhecida função social. O despacho de processamento do pedido tem por finalidade, pois, dar início ao *procedimento preliminar* destinado a propiciar os elementos necessários ao juízo de procedência do pedido. A novidade introduzida pela Lei n. 11.101/2005, de a Assembléia de Credores aprovar ou não o plano de recuperação, não desvirtua o instituto como benefício legal, não o transmuta em *acordo*, como muitos estão por aí a afirmar - diga-se, temerariamente - como se pretendessem reintroduzir a sua *natureza contratual*, existente antes do Decreto-Lei n. 7.661/45. O *parágrafo 1º, do art. 58*, da Lei n. 11.101/2005 desmente a posição contratualista, porque o legislador *permitiu* ao juiz deferir o pedido de recuperação judicial de empresas ainda que o plano *não tenha sido aprovado pelos credores* nas condições ali estabelecidas.

Como se infere dos *incisos I a V do art. 52*, o *despacho* de processamento do pedido produz vários efeitos, tanto para o devedor, como para os credores e terceiros, como analisaremos adiante. Cite-se, ainda, como efeito, a suspensão da prescrição e de todas as ações e execuções contra o devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário, como previsto no *art. 6º* da nova lei. Não seria crível que um mero despacho de expediente pudesse produzir tantos e tamanhos efeitos. Não temos dúvida, portanto, de que, havendo efeitos da decisão produtíveis *erga omnes*, não se configura aquela como mero despacho de impulso ao processo.

Quanto ao despacho que *indefere* o processamento do pedido, também a lei silenciou. Como há na hipótese um indeferimento do pedido inicial, com a conseqüente extinção do processo *sem resolução do mérito*, de acordo com a nova sistemática processual do *art. 267* do CPC, cabe o recurso de *apelação*, como se vê do Acórdão a seguir transcrito:

Maria Celeste Morais Guimarães

APELAÇÃO – EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. INTERPOSIÇÃO PELO RÉU. ADMISSIBILIDADE
– Nos termos da melhor doutrina, ao réu assiste interesse em apelar da sentença que extingue o processo sem julgamento do mérito, objetivando obter com o processo a sentença de improcedência. (Ac. unân. da 4ª T. do STJ, na Apel. N. 18-0-DF, julgada em 13.03.95 – Rel.: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

3. DOS EFEITOS DO DESPACHO JUDICIAL DE PROCESSAMENTO DO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO

Como salientado no item anterior, o despacho judicial de processamento do pedido de recuperação produz vários efeitos, dentre os quais destacamos os seguintes:

a) Nomeação do administrador judicial – *art. 52, inciso I*:

No despacho que defere o processamento da recuperação, o juiz nomeia o administrador judicial nos termos do *art. 21*. Ao tempo do Decreto-lei n. 7.661/45, a hipótese correspondia ao *inciso IV, do parágrafo 1º, do art. 161*, que tratava da nomeação do comissário na concordata.

As funções do administrador judicial na recuperação são muito mais reduzidas do que as por ele exercidas na falência, eis que o devedor, em regra, na recuperação judicial, permanece com a plena administração da sociedade empresária, sob a sua fiscalização.

Dentre as atribuições a ele conferidas na recuperação judicial, arroladas no *inciso II, do art. 22*, está a de fiscalizar as atividades do devedor e o cumprimento do plano de recuperação judicial (*alínea a*). Com a nova lei, contudo, tal função também será exercida pelo Comitê de Credores, o que alterou o sistema da revogada concordata preventiva, no qual apenas o comissário exercia tal mister e, portanto, poderia ser responsabilizado pela omissão no dever de fiscalizar a atividade do concordatário.

Diferentemente do síndico na falência e do comissário na concordata, à época do Decreto-Lei n. 7.661 de 1945, a nova lei não exige que o administrador judicial seja *credor*, até porque há a previsão, na atual Lei n. 11.101/2005, inexistente no regime legal anterior,

Maria Celeste Morais Guimarães

da constituição do *Comitê de Credores*. Tampouco faz esta última lei a exigência de ser ele graduado em nível superior, usando a expressão *preferencialmente*. Fica, portanto, ao prudente arbítrio do juiz escolher um profissional idôneo e habilitado para tão importante função.

b) Dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça as suas atividades – *art. 52, inciso II*:

A nova lei ficou a desejar com relação à apresentação das certidões negativas, especialmente quanto ao aspecto fiscal. Muito a propósito a observação de Manoel Justino Bezerra Filho (2005: 153)⁴, ao comentar tal dispositivo: “embora, neste momento, sejam dispensadas as certidões negativas fiscais, terão que ser apresentadas logo adiante, sem o que não poderá o juiz conceder a recuperação judicial (*art. 57*).”

É inegável que este efeito – o da dispensa das certidões negativas - neste momento, no processo, não impede a exigência de que as mesmas sejam apresentadas pelo devedor em outros processos, como por exemplo, no caso das licitações para contratação de obras e serviços pela administração pública, por força da Lei n. 8.666/93.

No caso das certidões negativas fiscais, a Lei n. 11.101/2005, de fato, vai exigir sua apresentação mais adiante, nos termos do *art. 57* (após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembléia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no *art. 55* da lei sem objeção de credores), como, aliás, também exigia o Decreto-Lei n. 7.661/45, ao tempo da concordata preventiva no *inciso I, do art. 174*. Embora a nova lei prestigie a legislação tributária ao exigir a comprovação de quitação do crédito tributário pelo devedor, entendemos que, em sede de recuperação judicial, a exigência das certidões negativas fiscais é de todo descabida, podendo, inclusive, inviabilizar a concessão da recuperação de inúmeras empresas em situação de crise econômico-financeira, o que mitiga o objetivo maior do instituto que é a preservação da atividade econômica.

⁴ BEZERRA FILHO, Manoel Justino, *Nova Lei de Recuperação e Falência Comentada*. 3 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 153.

c) Suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor – *art. 52, inciso III*:

No despacho que defere, para processamento, o pedido de recuperação judicial, o juiz ordena a suspensão das ações e execuções contra o devedor, por créditos sujeitos à recuperação judicial. No estado instável ou crítico de seus negócios, que determina a sua pretensão à recuperação, o que mais teme o devedor são as execuções de seus débitos, que levam à penhora imediata de seus bens ou o pedido de falência. Determinando a lei a suspensão de ações e execuções, impedindo os credores de pedir-lhe a falência, abre-se ao devedor um prazo de tranqüilidade para recompor a sua atividade, pagando, ao final, os credores e recuperando a empresa. O Decreto-lei n. 7.661/45 também previa no *inciso II*, do *art. 161*, a suspensão das ações e execuções contra o devedor na concordata preventiva, contudo, por créditos sujeitos aos seus efeitos, no caso, os quirografários.

A jurisprudência tem prestigiado esta universalidade do juízo da recuperação judicial, como se vê da decisão a seguir colacionada:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. COMPETÊNCIA. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

Ação cautelar incidental. Conexão. Todas as causas envolvendo pretensões resultantes de relações jurídicas constituídas por empresas que se vêem constringidas ao pedido de recuperação judicial devem ser apreciadas pelo juízo que o pedido recebeu. Os objetivos declarados pelo art. 47 da Lei de Regência, e o risco manifesto de decisões conflitantes, justifica a conclusão pela preservação da universalidade do juízo do pedido, assim como se cristalizou na antiga Lei de Falências. Decisão confirmada.⁵

É bem verdade que há exceções à universalidade do juízo da recuperação arroladas nos parágrafos *1º, 2º e 7º, do art. 6º*, da Lei n. 11.101/2005, quais sejam, as ações que demandarem quantia

⁵ TJRJ, 4ª Câmara Cível, AgIn 2005.002.22257. Relator Des. Jair Pontes de Almeida, j 14.03.2006.

Maria Celeste Morais Guimarães

ilíquida, as ações por créditos trabalhistas, que serão processadas perante a justiça especializada até a apuração do respectivo crédito e as ações de natureza fiscal, que não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do CTN e da legislação ordinária específica.

Ressalte-se que os processos permanecem suspensos no juízo original contra o devedor, em face dos efeitos do despacho judicial de processamento do pedido de recuperação judicial. Contudo, podem prosseguir contra os coobrigados, por força do *parágrafo 1º, do art. 49*, da lei, que expressamente prevê que os credores do devedor conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

Outra falha lamentável da nova lei é a de excluir as execuções fiscais dos efeitos da *suspensão* em face do deferimento da recuperação judicial.

Mais uma vez, mantém-se o fisco no Brasil em seu estado de “intocável”, alheio ao que mais ocorre ao seu redor. Se a própria Constituição Federal consagrou o princípio da preservação da empresa como objetivo a ser tutelado pela ordem econômica e financeira do País, não se concebe que a Fazenda Pública não possa dar a sua contribuição ao soerguimento da empresa e saneamento do meio empresarial.

Não estamos a defender que o fisco não possa receber o que lhe é de direito. Não sujeitá-lo, porém, ao juízo da recuperação, permitindo que as execuções fiscais continuem a ser processadas, é mitigar o interesse coletivo e social em nome de um credor que, embora se reconheça preferencial, não pode ficar à margem do processo de recuperação judicial.

O ideal seria que a Fazenda Pública tivesse o ônus de se apresentar na recuperação judicial como qualquer outro credor, disposição absolutamente sensata, que deveria ser adotada sem tardança pelo legislador pátrio.⁶ Não se compreende, com efeito, que

⁶ Nesse sentido, o entendimento de Fábio Konder Comparato. A reforma da empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 50, v. 22, abr/jun. 1983. p. 21.

o “juízo universal” não abranja os créditos fazendários, cuja satisfação costuma ser, afinal de contas, decisiva para o pagamento dos credores quirografários.

Por outro lado, se o soerguimento da grande empresa combatida é de interesse público, por razões de ordem social e econômica, é inevitável o sacrifício relativo do fisco, e imprescindível a sólida proteção dos assalariados.

Outra restrição que não existia ao tempo do Decreto-Lei n. 7.661/45 diz respeito ao prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias a que faz menção o *parágrafo 4º*, do citado *art. 6º*, da Lei n. 11.101/2005. Tal regra é questionável, porque se for necessário ampliar o prazo de suspensão por período maior que *180 dias* – o que pode vir a ser necessário – o juiz estaria impedido de fazê-lo, com pleno comprometimento da eficácia do processo. Cada ação de recuperação há de ter as suas peculiaridades, em face da complexidade da crise da empresa, do número de credores envolvidos ou da própria condução do processo. Colocar em risco o possível sucesso do processo de recuperação em detrimento de todos os interesses envolvidos, porque o prazo de suspensão não possa ser prorrogado, é inaceitável. Trata-se de formalidade que não se sustenta em face do escopo da nova lei.

d) Apresentação de contas demonstrativas mensais enquanto perdurar a recuperação judicial pelo devedor – *art. 52, inciso IV*:

Aqui está outro efeito, a princípio, desnecessário do processo de recuperação judicial de empresas. De qual valia será impor ao devedor a apresentação de contas demonstrativas “enquanto durar a recuperação judicial”? É de se indagar quem verificará a validade destas contas demonstrativas mensais. Será possível a declaração da falência ante o descumprimento pelo devedor de tal exigência? Entendemos que não. Faria melhor o legislador se estabelecesse que as contas ficariam à disposição do Juízo para análise do administrador judicial, do Comitê de Credores, ou do Ministério Público, quando entendessem necessário.

Há de se reconhecer, contudo, uma importante finalidade nesta exigência: ela reside no fato de propiciar um acompanhamento

Maria Celeste Morais Guimarães

pelo juiz e credores do efetivo cumprimento da lei e do plano pelo devedor, quando devidamente analisadas as contas apresentadas. De fato, as contas podem revelar eventual favorecimento a credores, atos contrários ao disposto no plano, pagamento de lucros e *pro-labore* a administradores, incompatíveis com o vulto do negócio. Com uma atuação diligente e proba do magistrado, tal exigência pode se revestir do caráter de medida preventiva da prática de ilícitos pelo devedor, evitando-se possível desvio de bens ou recursos.

e) Intimação do Ministério Público - *art. 52, inciso V*:

O Ministério Público não participa da fase postulatória do processo de recuperação judicial de empresas. A lei prevê apenas sua intimação quando o juiz deferir o processamento do pedido ou decretar a falência do devedor. De fato, não se justifica mesmo a atuação do órgão ministerial antes do despacho de processamento da recuperação. A partir do deferimento do pedido, a lei lhe reserva papel importante na atuação institucional como fiscal da lei e do interesse coletivo.

f) Expedição de editais ordenada pelo juiz - *art. 52, parágrafo 1º*:

A nova lei estabeleceu no *parágrafo 1º, do art. 52*, que o juiz ordenará a expedição de edital, para publicação no órgão oficial, contendo a relação nominal de credores e a advertência acerca dos prazos para habilitação dos créditos e para que os credores apresentem objeção ao plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor.

A esse respeito, o revogado Decreto-Lei n. 7.661/45 também assim dispunha no *art. 161, parágrafo 1º*, estabelecendo a exigência da publicação de edital contendo a lista nominativa dos credores. Tal procedimento tinha o objetivo de agilizar o processo de concordata preventiva, porque os credores constantes da lista não precisavam habilitar-se, eliminando-se, assim, os inúmeros autos de habilitação de créditos.

Quer-nos parecer que a intenção do legislador de 2005 é a mesma: agilizar o processo de recuperação judicial. Se o nome do credor consta da relação publicada no edital, não há necessidade de habilitação; se dela não consta, o credor estará alertado para o prazo

de que trata o *parágrafo 1º*, do *art. 7º*, devendo, portanto, providenciar a habilitação de seu crédito.

A questão que se coloca, e que vem sendo muito criticada, é o alto custo da publicação dos editais. Como são extensos, indicando a relação completa dos credores, com os respectivos valores dos créditos, as despesas com sua publicação são grandes e serão suportadas pelo devedor. Os órgãos oficiais certamente não admitirão a publicação gratuita dos editais, restando, assim, ao devedor, cuja empresa já se encontra em dificuldades financeiras, arcar com o alto custo da publicação, de forma a atender à exigência da lei.

Um remédio para tal ônus seria o cabimento de concessão de assistência judiciária à sociedade, vez que a jurisprudência a tem admitido para a massa falida, nos processos de falência, se demonstrado o comprometimento da sua saúde financeira. Contudo, não nos parece ser o caso da sociedade empresária em recuperação judicial, que, pela natureza do processo, deverá demonstrar a sua viabilidade econômica. Curioso contra-senso a ser vencido pela doutrina.

g) Constituição do Comitê de Credores – *art. 52, parágrafo 2º*:

Avanço significativo da nova lei é a instituição do Comitê de Credores, cuja mais importante função é a de atuar como órgão fiscalizador durante o processo de recuperação judicial da empresa.

Se houver credores que representem, no mínimo, 25% (vinte e cinco por cento) de uma das três classes previstas nos incisos do *art. 26*, quais sejam, trabalhistas, com direitos reais de garantia e privilégios especiais ou quirografários e com privilégios gerais, será possível requerer ao juiz a convocação da Assembléia-Geral de Credores para eleição do Comitê de Credores ou substituição de seus membros.

Ao tempo da concordata regida pelo Decreto-Lei n. 7.661/45, os credores ficavam impossibilitados de intervir na gestão da empresa devedora, restando-lhes confiar no improvável: que os administradores passassem a utilizar métodos mais racionais, situação em que os riscos de insucesso aumentavam, pela dificuldade de obtenção de recursos destinados a investimento e a capital de giro.

Maria Celeste Morais Guimarães

Este é um óbice que a nova lei verdadeiramente afastou: a gestão do devedor com a fiscalização do Comitê de Credores, alcança uma capacidade de atuação bem maior que a desempenhada anteriormente pelo comissário na concordata.

A nosso ver, a redação da Subemenda Substitutiva ao PL n. 4.376/93, lamentavelmente não aprovada, à época, era mais produtiva, vez que previa que também o juiz, *de ofício*, quando entendesse de sua necessidade, ante o grau de complexidade do procedimento concursal em questão, ou quando de sua avaliação a respeito do porte econômico-financeiro do devedor, poderia constituir o Comitê.

Outorgar tal competência ao juiz seria da maior importância para o processo de recuperação judicial. Como o administrador judicial não é escolhido dentre os *credores* do devedor, como ocorria no caso do comissário na concordata, ao tempo do Decreto-Lei n. 7.661/45, o Comitê passa a ser o órgão de representação dos credores. Se este não é constituído, o processo perde em transparência, em legitimidade e, acima de tudo, em efetividade, sem a participação dos seus maiores interessados e da própria sociedade como um todo.

Como se vê dos efeitos destacados, o despacho judicial de processamento do pedido faz surgir, uma situação jurídica nova para o devedor, cujos efeitos poderão repercutir *erga omnes*, até mesmo em relação aos coobrigados, fiadores e obrigados de regresso por força do *parágrafo 1º*, do *art. 49* da Lei n. 11.101/2005.

4. DA ADMISSIBILIDADE DA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO

Como bem salienta Humberto Theodoro Júnior (2007: 629)⁷, citando Gabriel Rezende Filho, “psicologicamente o recurso corresponde a uma irresistível tendência humana”. Na verdade, lembramos o Professor que “é intuitiva a inconformação de qualquer pessoa diante do primeiro juízo ou parecer que lhe é dado. Naturalmente, busca-se uma segunda ou terceira opinião.”

⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 1, p. 629.

Para o mestre Alfredo de Araújo Lopes da Costa (1941: 160)⁸, “recurso é o meio de que se vale a parte, para, anulado ou modificado um ato do juiz, conseguir situação processual mais favorável.” E prossegue: “O que assim caracteriza o recurso é:

- a) dirigir-se contra um ato judicial (do juiz);
- b) pretender um novo ato, do poder judicante.”

No primeiro grau de jurisdição admitem-se os seguintes recursos: *apelação* (arts. 496, no. I, e 513); *agravo* (arts. 496, no. II, e 522) e *embargos de declaração* (art. 535).

Apelação, segundo José Carlos Barbosa Moreira (1976: 204)⁹:

É o recurso que se interpõe das sentenças dos juízes de primeiro grau de jurisdição para levar a causa ao reexame dos tribunais do segundo grau, visando a obter uma reforma total ou parcial da decisão impugnada.

São apeláveis tanto as sentenças proferidas em procedimentos contenciosos como as dos feitos de jurisdição voluntária. Também nos procedimentos incidentes ou acessórios, como medidas cautelares, habilitação, e outros, a apelação é o recurso cabível contra a decisão. O mesmo, todavia, não ocorre com o julgamento de incidentes do processo, quando ocorrem apenas *decisões interlocutórias*.

No caso do despacho (assim denominado pela lei) judicial de processamento do pedido de recuperação judicial de empresas, não chegamos ao absurdo de pensar que caberia o recurso de apelação, pois, por evidente, não se trata, tal decisão, de uma sentença. Com a edição da Lei n. 11.232, de 22/12/2005, o sistema recursal brasileiro sofreu grande alteração com a mudança da definição legal de sentença, que passou a ser “o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 (do CPC)”. Segundo a melhor doutrina, “as situações previstas nos arts. 267 e 269” somente se

⁸ LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito Processual Civil (Código de 1939)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1941, v. 3, p. 160.

⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. 1, p. 204.

Maria Celeste Morais Guimarães

prestam a configurar sentença (e a desafiar apelação) quando *põem fim ao processo* ou quando *resolvem por inteiro o objeto principal do processo* pendente de acerto em juízo. Para a decisão ser tratada como sentença, é preciso, assim, que todo o pedido ou todos os pedidos da inicial tenham sido resolvidos, positivamente ou negativamente. Se o pronunciamento não os abrange em toda extensão, deixando questões para solução no decisório final do processo, não pode ser havido como sentença. Sua natureza seria, portando, de decisão interlocutória.¹⁰

No caso do processo de recuperação judicial, a Lei n. 11.101/2005 não previu recurso para a decisão do juiz que a mande processar, como para a que negue o seu prosseguimento. Se despacho “de mero expediente”¹¹ ela não é, como demonstramos anteriormente, nem é sentença, com base no entendimento acima exposto, resta-nos concluir que se trata de uma decisão interlocutória, embora não se enquadre estritamente no conceito do *parágrafo 2º, do art. 162* do CPC (“resolve questão incidente”). A rigor, dá-se em antecipação de tutela. Envolve não apenas alguma questão, mas a própria lide, isto é o conjunto de questões, o mérito.¹² Interlocutória, apenas porque em provimento provisório, não definitivo, todavia, provimento de caráter satisfativo, porque todos os efeitos, que seriam esperados da sentença de mérito, serão a partir dali produzidos.

Diante da omissão legal, sem solução a questão não pode ficar. Muito a propósito lembramos, mais uma vez, a lição de Humberto Theodoro Júnior (2007: 655)¹³, segundo o qual “cabe ao intérprete a penosa missão de descobrir o caminho jurídico da superação da deficiência normativa.”

¹⁰ Nesse sentido, o entendimento de Humberto Theodoro Júnior. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 47 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1. p. 656.

¹¹ Usamos esta expressão “despacho de mero expediente”, que era empregada pelo texto primitivo do art. 504 do CPC, mas que foi abolida pela Lei n. 11.276, de 07/02/2006, apenas para reforçar que a decisão que defere ou indefere o processamento do pedido não é de mero impulso da marcha processual.

¹² Veja artigo 468 do CPC: “A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.”

¹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. op. cit. p. 655.

No nosso modo de ver, da decisão que manda processar o pedido de recuperação judicial cabe recurso. Reforça o nosso entendimento o fato de que no direito processual brasileiro existem decisões de diversas espécies gravadas com o estigma da *irrecorribilidade*, mas, sempre previstas *expressamente*. Isto porque a regra há de ser a *recorribilidade* das decisões judiciais. A Constituição Federal prevê como garantia fundamental recorrer-se ao Judiciário no caso de lesão ou ameaça a direito (*art. 5º, inciso XXXV*). Como nos mostra Manuel Galdino da Paixão Júnior (2002: 322):¹⁴

Desse modo implícito, a Constituição brasileira autoriza a recorribilidade ao deixar registrada, inclusive, a estruturação orgânica básica das justiças. Ora, seria um despropósito pensar que o Estado houvesse previsto a organização das entidades, preparando-as para as destinações competenciais, sem a pressuposição de que as partes a quem as leis indicassem fossem destinatários da autorização legal de movimentar os órgãos em atividades de revisão.

De sorte que, não tendo a Lei n. 11.101/2005 excluído expressamente o cabimento de *recurso* do despacho judicial de processamento do pedido de recuperação judicial, e não configurando tal “despacho” mero impulso do processo, deve-se aplicar o sistema recursal do Código de Processo Civil, que prevê o recurso de *Agravo*, como aliás era o entendimento dos Tribunais antes da edição da *Súmula 264* do STJ (RJTJESP, 135/305).

5. CONCLUSÃO

As regras legais não podem ser lidas e interpretadas isoladamente, fora do sistema a que se integram e em atrito com a sua teleologia. O *art. 47* da Lei n. 11.101/2005, delimitador do escopo do instituto da recuperação judicial de empresas, definiu a ação de recuperação judicial de empresas como a aquela destinada:

A viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do

14 PAIXÃO JÚNIOR, Manuel Galdino da. *Teoria Geral do Processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 322.

Maria Celeste Morais Guimarães

emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Ora, se não se veda à apreciação do Judiciário nenhuma lesão a direito, com mais superiores motivos, não se deveria afastar o exame se o prejuízo alegado adviesse da atividade do Estado, destinada a assegurar a paz, pela justiça.

É bem verdade que a ação de recuperação judicial de empresas é uma conquista do direito brasileiro ao propiciar ao devedor – empresário ou sociedade empresária, que demonstre a sua viabilidade econômica, a manutenção da fonte produtora e a continuação da atividade econômica. Contudo, também não se pode negar que os efeitos da decisão que defere o seu processamento poderão atingir credores e demais terceiros com os quais o devedor mantém relações obrigacionais.

Esperamos que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, expresso na *Súmula 264*, editada ao tempo da concordata preventiva, não prevaleça para o processo da recuperação judicial e que se possa assegurar a interposição de recurso da decisão que manda processar o pedido do devedor. Se não se admitir a interposição do *Agravo*, entendemos cabível o *Mandado de Segurança*, vez que tal decisão poderá acarretar prejuízo, não só para os credores, mas também para terceiros que sofrerão os efeitos da decisão. A propósito, semelhante tentativa de extirpação do *Agravo* (com a previsão legal do pedido de reconsideração da decisão monocrática do relator, que o converta em *Agravo Retido*) vem ensejando o uso do mandado de segurança.

Ademais, a garantia constitucional da jurisdição não encontra óbice senão nos limites do próprio texto constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Nelson. **O novo Direito Falimentar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____. **Curso de Direito Falimentar**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. “**O novo modelo jurídico da empresa nacional e a reforma da lei de falências**”. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 663, jan./1991.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. v. 1.

BERTOLDI, Marcelo M. Ribeiro, Márcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Jurisprudência da Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Nova Lei de Recuperação e Falências Comentada**. 3. ed. 2 tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BULGARELLI, Waldirio. “Reforma da Lei de Falências”. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 25. n. 83. jul./set. 1991.

CASTRO, Rodrigo R. Monteiro. ARAGÃO, Leandro Santos de. (Coordenação). **Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. **Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. São Paulo: Saraiva, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos Jurídicos da Macro-empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

_____. “A Reforma da Empresa”. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 22, n. 50, abr./jun. 1983.

CUNHA, Alexandre dos Santos. (Coordenador). **O Direito da Empresa e das Obrigações e o Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Quartier Lantin, 2006.

FERNÁNDEZ-RÍO, Angel José Rojo. “El estado de crisis económica”, **in Jornadas sobre la Reforma del Derecho de Quiebra**. Madri: Civitas, 1982.

FOLENA DE OLIVEIRA, Jorge Rubem. “A possibilidade jurídica da declaração de falência das sociedades civis com a adoção da teoria da empresa no direito positivo brasileiro”. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 113, jan./mar. 1999.

FUENTES, Massaguer. “El estado de crisis económica”, **in Jornadas sobre la Reforma del Derecho di Quiebra**, Madri: Civitas, 1982.

JIMÉNEZ, Adrián Piera. **Jornadas sobre La Reforma del Derecho di Quiebra**. Madrid: Civitas, 1982.

JÚNIOR, Waldo Fazzio. **Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresa**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2005.

LOBO, Jorge. **Direito Concursal**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. “Direito da crise econômica da empresa”. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 109, jan./mar. 1998.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. **Direito Processual Civil (Código de 1939)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1941, v. I.

Maria Celeste Morais Guimarães

LUCCA, Newton de. FILHO, Adalberto Simão. (Coordenação). **Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. Comentários artigo por artigo. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MENDEZ, Joaquim Bisbal. **La empresa em crisis y el derecho de quiebras**. Bolonha: 1986.

PAIXÃO JÚNIOR, Manuel Galdino da. **Teoria Geral do Processo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 1 e 2.

SANTINI, Gerardo. “Soluciones jurídicas al estado de crisis de la empresa en los sistemas de economia de mercado”, **in Jornadas sobre la Reforma del Derecho de Quiebra**. Madri: Civitas, 1982.

SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. “A disciplina da reorganização da empresa em crise econômica no projeto de lei concursal”. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, v. 3.

SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de, MORAES PITOMBO, Antônio Sérgio A. (Coordenação) **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual, Teoria Geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v.1.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1948. v. 1, 2 e 3.

