

II JORNADA DE DIREITO COMERCIAL

ENUNCIADOS APROVADOS EM
PLENÁRIA REALIZADA NO DIA 27 DE FEVEREIRO DE 2015.

EMPRESA E ESTABELECIMENTO

58. O empresário individual casado é o destinatário da norma do art. 978 do CCB e não depende da outorga conjugal para alienar ou gravar de ônus real o imóvel utilizado no exercício da empresa, desde que exista prévia averbação de autorização conjugal à conferência do imóvel ao patrimônio empresarial no cartório de registro de imóveis, com a consequente averbação do ato à margem de sua inscrição no registro público de empresas mercantis.

Referência Legislativa: art. 978 do Código Civil.

Justificativa:

Houve proposta de alteração do enunciado n. 6 da I Jornada de Direito Comercial. Para tal finalidade, dando cumprimento ao regimento desta II Jornada, foi nomeada comissão com vistas a sugerir nova redação dele. Essa comissão foi integrada pelos seguintes membros: Márcia Maria Nunes de Barros, Thiago Carapetcov e Wilges Bruscato.

O enunciado 6 refere-se a procedimentos que inexistem legalmente no regime do registro imobiliário, como o “prévio registro de autorização conjugal”, ato estranho ao elenco do art. 167 da Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos).” Também é importante que os enunciados atentem para a compatibilidade com outras normas legais, no caso em tela, especialmente, ao direito de família. Dessa forma, o texto deveria fazer menção à averbação e não ao registro. O art. 246 da Lei n. 6.015/1973 permite, genericamente, tal averbação, enquanto que o rol do art. 167, que trata do registro, faz *numeros clausus*. É importante, portanto, revê-lo, substituindo-o pelo que está acima proposto.

Embora a alienação e a gravação de ônus sobre o imóvel utilizado no exercício da empresa pelo empresário individual sejam livres do consentimento conjugal, no teor do art. 978, CCB, a sua destinação ao patrimônio empresarial necessita da concordância do cônjuge, para passar da esfera *pessoal* para a *empresarial*. Essa autorização para que o bem não integre o patrimônio do casal, mas seja destinado à exploração de atividade empresarial exercida individualmente por um dos cônjuges pode se dar no momento da aquisição do bem, em apartado, a qualquer momento, ou no momento da alienação ou gravação de ônus.

59. A mera instalação de um novo estabelecimento, em lugar antes ocupado por outro, ainda que no mesmo ramo de atividade, não implica responsabilidade por sucessão prevista no art. 1.146 do CCB.

Referência Legislativa: art. 1.146 do Código Civil.

Justificativa:

A responsabilidade por sucessão do adquirente do estabelecimento foi recepcionada pelo CCB, no art. 1.146, do qual decorrem dois aspectos que são fundamentais: (1) a existência do contrato de trespasse; e (2) o alcance da responsabilidade do adquirente, que está adstrito às obrigações contabilizadas do alienante.

Assim, na hipótese em que não haja um negócio jurídico de alienação do estabelecimento, não há como se cogitar da responsabilidade por sucessão de que trata o art. 1.146 do CCB. É o caso de um empresário instalar-se em lugar antes ocupado por outro, ainda que se trate do mesmo ramo de atividade do anterior ocupante.

Parece ser relevante a formulação de enunciado como o proposto, pois a situação fática aqui envolvida é bastante comum na vida empresarial e nem sempre encontra, na jurisprudência, a correta aplicação da lei.

60. Os acordos e negócios de abstenção de uso de marcas entre sociedades empresárias não são oponíveis em face do Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, sem prejuízo de os litigantes obterem tutela jurisdicional de abstenção entre eles na Justiça Estadual.

Referência Legislativa: arts. 1.150, 1.155 e 1.163 do Código Civil e art. 124 da Lei n. 9.279-96.

Justificativa:

O registro depende da satisfação dos requisitos legais. Os negócios que as partes celebram entre si, no exercício da autonomia privada, estão associados à ideia da relatividade da celebração e não projetam seus efeitos em relação a terceiros. As relações entre as partes nos negócios jurídicos, expressadas em cláusulas, dirigidas somente a elas, não devem ser razão para fundamentar ordens judiciais destinadas a que o registro público passe a ter além dos requisitos legais, outros que venham as partes a elaborar. A aplicação do princípio da relatividade dos contratos – por que não dizer – dos negócios jurídicos em geral não pode afetar terceiros, nos quais se incluem o Estado e a sistemática dos registros públicos em geral.

61. Em atenção ao princípio do tratamento favorecido à microempresa e à empresa de pequeno porte, é possível a representação de empresário individual, sociedade empresária ou EIRELI, quando enquadrados nos respectivos regimes tributários, por meio de preposto, perante os juizados especiais cíveis, bastando a comprovação atualizada do seu enquadramento.

Referência Legislativa: Enunciado 141 FONAJE.

Justificativa:

O enunciado 141 do FONAJE cria embaraço injustificável ao acesso a justiça por parte de microempresas e empresas de pequeno porte ao impedi-las de constituírem prepostos para a participação em audiências nos juizados especiais cíveis. Outrossim, o enunciado 135 do FONAJE cria exigência, igualmente desarrazoada, de burocrática e irregularmente coercitiva comprovação de regularidade tributária das microempresas e das empresas de pequeno porte para que possam ingressar com qualquer ação judicial perante os juizados especiais cíveis. Tais exigências, que não são feitas às demais empresas, vão de encontro ao art. 170, inc. IX da CRFB/88 – que elenca, como um dos princípios gerais da atividade econômica, o “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país” – bem como ao art. 98, inc. I, da CRFB/88, que determina que os juizados utilizem os “procedimentos oral e sumaríssimo”.

62. O produtor rural, nas condições mencionadas do art. 971 do CCB, pode constituir EIRELI.

Referência Legislativa: Lei n. 12.441/11 c/c art. 971 do Código Civil.

Justificativa:

Em meados de 2008/09, duas pesquisas nacionais tratavam sobre o tema EIRELI, não com a abordagem conceitual e etimológica feita pelo PL 4.605/09, mas sim utilizando comparações internacionais sobre a necessidade de uma pessoa natural exercer a empresa com responsabilidade limitada. As referentes pesquisas são tese de Thiago Carapetcov e da professora Wilges Bruscatto na UFMG. Foi analisado o instituto no âmbito internacional, a começar pela abordagem inédita em 1910 por Oscar Pisko (*one man companies* na Áustria), e também o instituto em Portugal, França, Inglaterra, Argentina até chegarmos numa análise nacional. Nesta, a partir de 1940, influenciada por nossa vizinha Argentina, cabe lembrar as seguintes passagens: Trajano de Miranda Valverde, deputado Freitas Castro em 1945, tendo um PL rechaçado, Antonio Martins Filho e sua tese em Porto Alegre, e, é claro, a principal literatura sobre o tema em 1956 elaborada pelo mestre Sylvio Marcondes. Em todas as paisagens internacional ou nacional, o PL 4605, logo a Lei n. 12441/11, age em desarmonia com a ciência empresarial. Foram entrevistados os relatores do PL, deputados Guilherme Campos e Marcelo Itagiba, tendo sido comprovada a total falta de técnica na imposição do texto legal. Na tentativa de harmonizar, clarear esses equívocos, foi apresentada a seguinte proposta. Apesar de ser dado ao produtor rural, em regra, o tratamento civilista, é de ciência comum que excepcionalmente, caso queira se inscrever na junta comercial será considerado empresário por equiparação. Na possibilidade de ser equiparado a empresário, não há vedação legal a sua escolha pela EIRELI, pelo contrário, seria um instituto saudável e eficiente para o produtor rural, isso no caso de equiparação.

DIREITO SOCIETÁRIO

63. O nu-proprietário de quotas ou ações gravadas com usufruto, quando não regulado no respectivo ato institutivo, pode exercer o direito de fiscalização da sociedade.

Referência legislativa: Código Civil, artigos 1.020 e 1.021 e Lei n. 6.404/76, art. 40.

Justificativa:

Ressalta-se que um dos direitos primordiais dos sócios é o direito à informação, que está diretamente ligado ao direito de fiscalizar a gestão dos negócios sociais, uma vez que a fiscalização correta pressupõe o conhecimento exato da situação da sociedade. O objeto de tal direito são as notícias relativas à gestão da sociedade e tem por função primordial colocar o sócio em condição de exercer conscientemente os diversos direitos que lhe tocam.

Mesmo eventual doação com reserva de usufruto vitalício não retira do nu-proprietário a qualidade de sócio, tendo, ao menos, o direito à fiscalização. O STJ já afirmou que “Acrescente-se a isso o fato de que o nu-proprietário permanece acionista, inobstante o usufruto, e sofre os efeitos das decisões tomadas nas assembleias em que o direito de voto é exercido” (REsp 1169202/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/9/2011, DJe 27/9/2011).

O usufruto deve ser exercido sem prejudicar os direitos do nu-proprietário e, para tanto, deve-se permitir que este exerça o direito de fiscalização, pois a sociedade pode praticar atos que afetem seus direitos atuais e futuros.

64. Criado o conselho de administração na sociedade limitada, não regida supletivamente pela Lei de Sociedade por Ações (art. 1.053, parágrafo único, do Código Civil) e, caso não haja regramento específico sobre o órgão no contrato, serão aplicadas, por analogia, as normas da sociedade anônima.

Referência legislativa: Código Civil, art. 1.053, parágrafo único.

Justificativa:

Embora ainda se discuta sobre a possibilidade de o contrato social de sociedade limitada prever conselho de administração, há orientação e prática acolhendo esta iniciativa. Em geral, entende-se que essa possibilidade apenas se abre na hipótese de o mesmo contrato social prever a aplicação supletiva das normas das sociedades anônimas, conforme faculta o art. 1.053, parágrafo único, do Código Civil.

Cirando o conselho de administração na sociedade limitada, diante do vazio normativo a respeito de seu regramento, o enunciado estabelece a norma aplicável à sua gestão.

65. O mandatário do sócio residente ou domiciliado no exterior (art. 119 da Lei 6.404/1976) não é responsável pelas obrigações de seu mandante.

Referência legislativa: Lei n. 6.404/76, art. 119.

Justificativa:

Por força de lei, o sócio residente ou domiciliado no exterior deve possuir um representante legal, domiciliado no País, com poderes para receber citação. Essa

representação do sócio residente ou domiciliado no exterior possui natureza de mandato legal.

Considerando que o representante legal é mero mandatário do sócio residente ou domiciliado no exterior, referido representante legal não é responsável pelas obrigações de seu mandante (sócio residente ou domiciliado no exterior), conforme art. 663 do Código Civil.

66. A limitação de distribuição de dividendos periódicos de que trata o art. 204, §1º da Lei das Sociedades por Ações refere-se ao lucro distribuível, reconhecido em balanço intermediário levantado conforme o Estatuto Social, e não à antecipação do pagamento de dividendos por conta do lucro cuja existência é provável, nos termos da legislação tributária.

Referência legislativa: Lei n. 6.404/76, art. 204, §1º.

Justificativa:

O objetivo deste enunciado é viabilizar a distribuição de dividendos antecipados, conciliando a legislação societária com a legislação tributária, por exemplo, no que se refere ao lucro presumido.

OBRIGAÇÕES EMPRESARIAIS, CONTRATOS E TÍTULOS DE CRÉDITO

67. Na locação *built to suit*, é válida a estipulação contratual que estabeleça cláusula penal compensatória equivalente à totalidade dos alugueres a vencer, sem prejuízo da aplicação do art. 416, parágrafo único, do Código Civil.

Referência legislativa: art. 54-A da Lei n. 8.245/91.

Justificativa:

Estipula-se, pela cláusula penal, a prefixação de perdas e danos para a hipótese de inadimplemento, de modo a impedir a cobrança de indenização suplementar, tal como já previa o art. 927 do Código Civil de 1916. Reproduzem-se casos assinalando prejuízo superior ao estipulado com a cláusula penal, deixando o credor em situação injustificada de não ressarcimento por danos injustamente provocados, em desrespeito a solidariedade constitucional. Sensível a tal cenário, o art. 416, parágrafo único, do Código Civil de 2002, autorizou que as partes estipulem a cláusula como *minus* indenizatório, permitindo-se buscar em ação própria a reparação excedente. Na locação *built to suit* a cláusula penal pode ser cobrada até a “soma dos valores dos alugueres a receber até o final do contrato”. Ocorre que tal denúncia pode produzir danos que ultrapassam o próprio valor dos alugueres a vencer, fruto da sofisticação e complexidade deste contrato. Seria o caso de denúncia no princípio da locação, frustrando expectativa de retorno, influente na estipulação do coeficiente e preço, por esperar-se valorização do ponto e conseqüente incremento do fundo empresarial do locador em virtude do seu interesse no sucesso da atividade empresarial desenvolvida pelo locatário, tudo de acordo com o arranjo de interesses concretos que for definido e pactuado livremente no exercício da livre iniciativa privada constitucional, realizadora da autonomia privada. Em suma, o valor da cláusula penal está limitado pelo art. 54-A, § 2º, da Lei 8.245/91, mas tal regra não é incompatível com o art. 416, parágrafo único, do Código Civil.

68. No contrato de comissão com cláusula *del credere*, responderá solidariamente com o terceiro contratante o comissário que tiver cedido seus direitos ao comitente, nos termos da parte final do art. 694 do Código Civil.

Referência legislativa: arts. 694 e 698 do Código Civil.

Justificativa:

O enunciado tem por objetivo conciliar os arts. 694 e 698 do Código Civil. A cláusula *del credere* afasta a irresponsabilidade presumida do comissário, prevista no art. 697 do Código Civil, tornando-o responsável perante o comitente do cumprimento da obrigação assumida e descumprida pelo terceiro. A princípio, não pode haver solidariedade entre o comissário e o terceiro que com ele contratou perante o comitente, porque o art. 694 do Código Civil dispõe que não haverá direito de ação do comitente em face das pessoas com quem o comissário contratar, mesmo que no interesse daquele. O *del credere* não pode vincular o terceiro ao contrato de comissão porque este dele não tem conhecimento e os efeitos não se estendem à compra e venda (princípio da relatividade dos contratos). Assim, o comissário somente se constituirá garante solidário ao terceiro por força do *del credere* se houver cedido seus direitos ao comitente, nos termos do que faculta a parte final do art. 694 do Código Civil.

69. Prescrita a pretensão do credor à execução de título de crédito, o endossante e o avalista, do obrigado principal ou de coobrigado, não respondem pelo pagamento da obrigação, salvo em caso de locupletamento indevido.

Referência legislativa: art. 48 do Decreto n. 2.044/1908 e art. 61 da Lei n. 7.357/85.

Justificativa:

O enunciado baseia-se na pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, salvo quando demonstrado seu locupletamento ilícito, o endossante e o avalista, inclusive de obrigado principal, são partes ilegítimas para responder por dívida inscrita em título de crédito prescrito, na medida em que o instituto da prescrição extingue a autonomia das relações jurídicas cambiais firmadas, devendo o beneficiário do título demonstrar, como causa de pedir na ação própria, o locupletamento indevido, seja do emitente ou endossante, seja do avalista.

Nesse sentido: AgRg no REsp 1069635/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 19/8/2014, DJe 1/9/2014; e REsp 457.556/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/11/2002, DJ 16/12/2002, p. 331.

70. O prazo estabelecido no art. 21, § 1º, da Lei n. 9.492/97, para o protesto por falta de aceite é aplicável apenas na falta de disposição diversa contida em lei especial referente a determinado título de crédito (por exemplo, duplicatas). Aplica-se, portanto, a disposição contida no art. 44, 2ª alínea, da Lei Uniforme de Genebra, ao protesto por falta de aceite de letra de câmbio.

Referência legislativa: art. 44, 2ª alínea, do Decreto n. 57.663/66 (Lei Uniforme de Genebra); arts. 13, §§ 1º e 4º e 25 da Lei n. 5.474/68; art. 21, § 1º, da Lei n. 9.492/97.

Justificativa:

Embora haja previsão, na Lei n. 9.492/97, de que o protesto por falta de aceite somente pode ser feito antes do vencimento, mas após o decurso do prazo legal para apresentação ao aceite e devolução do título pelo sacado, tal regra não é de aplicação cogente a todos os títulos representativos de ordens de pagamento em dinheiro e aceitáveis. O enunciado aprovado considera a disposição do art. 21, § 1º, da Lei n. 9.492/97 como norma de cunho geral, aplicável na omissão da lei especial sobre determinado título de crédito. Como ilustração, temos a duplicata sem aceite, que deverá ser levada a protesto acompanhada de outros documentos para que o portador possa promover a execução em face do sacado, nos termos do art. 15, II, da Lei n. 5.474/68. Este protesto pode ser tirado antes ou após o vencimento, sendo que, nesse caso, será sempre por falta de pagamento. Quando a duplicata for protestada antes do vencimento, deverá ser observada a disposição do art. 21, § 1º, da Lei n. 9.492/97. Tal ocorre porque o art. 25 da Lei n. 5.474/68 não determina a aplicação da legislação cambial em matéria de ação por falta de pagamento, nem tem disposição específica quanto ao prazo do protesto por falta de aceite. Em se tratando de letra de câmbio, ao contrário, deverá ser observado o art. 44, 2ª alínea, da Lei Uniforme de Genebra (Decreto n. 57/663/66), que dispõe de modo diverso – o protesto será realizado dentro do prazo fixado para apresentação ao aceite e não após o mesmo.

71. A prescrição trienal da pretensão à execução, em face do emitente e seu avalista, de nota promissória à vista não apresentada a pagamento no prazo legal ou fixado no título, conta-se a partir do término do referido prazo.

Referência legislativa: arts. 34, 70, 77 e 78 do Decreto n.57.663/66 (Lei Uniforme de Genebra).

Justificativa:

O art. 77 do Decreto n. 57.663/1966 (Lei Uniforme de Genebra - LUG) enumera as disposições referentes às letras de câmbio que se aplicam às notas promissórias, dentre elas: o vencimento (arts. 33 a 37) e os prazos prescricionais (arts. 70 e 71).

O art. 70 da LUG estabelece que “*todas as ações contra o aceitante relativas a letras prescrevem em três anos a contar do seu vencimento*”, o que também se aplica ao avalista do emitente, nos exatos termos do art. 78 da LUG. Por outro lado, o art. 34 da LUG determina que “*a letra à vista é pagável a apresentação*” devendo, para tanto, ser apresentada pelo portador em até “*um ano, a contar da sua data*” de emissão, salvo se prazo diverso constar no título (princípio da literalidade).

Importa definir em que momento se inicia a contagem do prazo prescricional (termo *a quo*) para as notas promissórias à vista, sobretudo, quando o título não é apresentado ao devedor no prazo do art. 34 da LUG.

Diante deste cenário, a jurisprudência firmou entendimento que a prescrição começa a correr após o decurso do prazo legal ou convencional de apresentação a pagamento, se o título foi apresentado *a posteriori*. Ao contrário, na apresentação tempestiva, o termo *a quo* será o dia seguinte ao da apresentação, que é o do vencimento para os fins do art. 70 da LUG.

CRISE DA EMPRESA

72. A legitimidade do Ministério Público para propor e conduzir a ação de responsabilidade de que trata o art. 46 da Lei n. 6.024/1974 não cessa com a decretação da falência da instituição submetida a regime especial, porquanto o art. 47 da mencionada lei foi revogado tacitamente pelo art. 7º, II, da Lei n. 9.447/1997.

Referência legislativa: artigo 47 da Lei n. 6.024, de 13/3/1974.

Justificativa:

Prevalece, na comunidade jurídica brasileira, o entendimento de que, nos termos do art. 47 da Lei n. 6.024/1974, o Ministério Público (MP) perde a legitimidade para propor a ação de responsabilidade de que trata o art. 46 da referida lei, ou para dar prosseguimento a ela, nas hipóteses em que houver sido decretada a falência da instituição submetida a regime especial de resolução, cabendo ao administrador judicial propor e conduzir o processo. Esse entendimento, contudo, parte de uma compreensão ultrapassada do papel do MP, órgão que, à época da edição da Lei n. 6.024/1974, constituía um mero braço do Poder Executivo, atuando, inclusive na representação judicial da União. Com a promulgação da Constituição de 1988, o *Parquet* assumiu papel de destaque na defesa da democracia, incumbindo-lhe defender os direitos transindividuais dos cidadãos. Nessa realidade, não é mais adequado que a missão de assegurar os direitos individuais homogêneos (espécie de direitos transindividuais) dos poupadores de instituições financeiras levadas à bancarrota seja conferido ao gestor da massa falida. Além disso, simples leitura do comando previsto no art. 7º, II, da Lei n. 9.447/1997, demonstra que o Poder Legislativo já adequou o quadro normativo à nova realidade do MP após a Constituição de 1988. Segundo a citada regra, o encerramento, por qualquer forma, dos regimes especiais decretados pelo Banco Central não prejudicará a “legitimidade do Ministério Público para prosseguir ou propor as ações previstas nos arts. 45 e 46 da Lei n. 6.024/1974”. Como a decretação da falência é uma das causas de encerramento de regime especial (art. 19, “d”, da Lei n. 6.024/1974), tem-se que, nos casos em que ela é decretada, o *Parquet* não perde a legitimidade para propor ou prosseguir com a ação de responsabilidade. Está revogado tacitamente, portanto, o art. 47 da Lei n. 6.024/1974.

73. Para que seja preservada a eficácia do disposto na parte final do § 2º do artigo 6º da Lei n. 11.101/05, é necessário que, no juízo do trabalho, o crédito trabalhista para fins de habilitação seja calculado até a data do pedido da recuperação judicial ou da decretação da falência, para não se ferir a *par condicio creditorum* e observarem-se os arts. 49, “caput”, e 124 da Lei n. 11.101/2005.

Referência legislativa: arts. 6º, §§ 1º e 2º; 9º, inciso II; 49, “caput”; e 124 da Lei n. 11.101, de 09/02/2005.

Justificativa:

A parte final do § 2º do art. 6º da Lei n. 11.101/05 indica possibilidade de automática inclusão do crédito trabalhista, apurado perante o juízo do trabalho, no quadro geral de credores, por meio de simples ofício enviado pelo juízo do trabalho ao juízo da recuperação judicial ou falência.

Ocorre que, na prática, a liquidação de sentença prolatada na Justiça do Trabalho contra empresa em recuperação judicial ou falida observa a data da liquidação, sem considerar que os créditos incluídos no quadro geral de credores do processo concursal levam em conta, como marco final de atualização e incidência de juros, a data do pedido de recuperação judicial ou a data da decretação da falência, o que garante a paridade dos credores submetidos ao concurso.

Desse modo, ainda que a Lei n. 11.101/05 tenha facilitado a inclusão dos créditos trabalhistas no quadro geral de credores, sem a necessidade de prévia impugnação ou habilitação de crédito perante o juízo concursal, na prática, se não forem observados os arts. 49, “caput” e 124 da Lei n. 11.101/05, quanto à atualização e à incidência de juros, a aplicação do dispositivo acabaria por afrontar a “*par conditio creditorum*”. Além disso, o art. 6º, §1º, da Lei n. 11.101/2005 determina que terão prosseguimento no juízo o qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida. Nada obstante, o §2º determina que as ações de natureza trabalhista serão processadas perante a justiça especializada até a apuração do respectivo crédito e, somente depois disso, será incluído, no quadro-geral de credores, pelo valor determinado em sentença. A razão da lei é a de não submeter a Justiça Comum ao enfrentamento e julgamento de questões inerentes e pertinentes à Justiça Especializada do Trabalho. Em outras palavras, o legislador, sabiamente, poupa o juiz da recuperação judicial ou da falência de ter que julgar questões ligadas às horas extras, às verbas salariais, dentre todas as outras próprias das relações de trabalho. Assim sendo, a técnica da lei é que todas as questões relacionadas às relações de trabalho sejam definitivamente decididas por aquela justiça especializada e, uma vez definitivamente liquidadas, o respectivo valor seja habilitado na recuperação judicial ou na falência, conforme o caso. Por essa razão, existe grande conflito quanto à questão da aferição da importância que deve ser habilitada no processo de insolvência (recuperação ou falência). Há entendimentos de que a liquidação de sentença não deve, necessariamente, observar os parâmetros do art. 9º, inc., II, da Lei n. 11.101/2005, quando se tratar de devedor em estado de recuperação judicial ou falido. Todavia, tal entendimento dá margens à burla ao instituto da recuperação judicial e da falência, possibilitando o favorecimento de determinados credores em detrimento dos demais, em iguais condições, pois aquele que teve o seu crédito liquidado após o marco temporal descrito no art. 9º, inc. II, poderá ter inscrito no quadro-geral de credores importância maior em razão de parâmetro de atualização monetária que incidiu após a aludida data de corte.

74. Embora a execução fiscal não se suspenda em virtude do deferimento do processamento da recuperação judicial, os atos que importem em constrição do patrimônio do devedor devem ser analisados pelo Juízo recuperacional, a fim de garantir o princípio da preservação da empresa.

Referência legislativa: arts. 6º, § 7º, da Lei n. 11.101, de 9/2/2005 e 187 do Código Tributário Nacional.

Justificativa:

Conforme a pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o deferimento da recuperação judicial não suspende a execução fiscal, mas os atos de execução devem-se submeter ao juízo universal. Isso porque a Lei n. 11.101/2005 visa à preservação da empresa, a garantir sua função social e ao estímulo à atividade econômica, a teor de seu art. 47, devendo o patrimônio da empresa em processo de recuperação judicial ficar sob a jurisdição da autoridade judiciária competente para o processo de falência.

Dessa forma, embora a execução fiscal não se suspenda em virtude do deferimento da recuperação judicial, os atos que importem em constrição do patrimônio da sociedade empresarial devem ser analisados pelo Juízo Universal, a fim de garantir o princípio da preservação da empresa.

Nesse sentido: AgRg no CC 132.239/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 10/9/2014, DJe 16/09/2014; AgRg no CC n. 87.263/RJ, Segunda Seção, Relator Ministro Marco Buzzi, DJe 19/8/2014; EDcl no AgRg no CC n. 131.063/SP, Segunda Seção, Relator o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 31/3/2014; AgRg no CC n. 119.203/SP, Segunda Seção, Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira, DJe 3/4/2014; AgRg no CC 136392/GO, Segunda Seção, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 29/10/2014; e AgRg no CC 129622/ES, Segunda Seção, Relator Ministro Raul Araújo, DJe 29/9/2014.

75. Havendo convenção de arbitragem, caso uma das partes tenha a falência decretada: (i) eventual procedimento arbitral já em curso não se suspende e novo procedimento arbitral pode ser iniciado, aplicando-se, em ambos os casos, a regra do art. 6º, § 1º, da Lei n. 11.101/2005; e (ii) o administrador judicial não pode recusar a eficácia da cláusula compromissória, dada a autonomia desta em relação ao contrato.

Referência legislativa: arts. 6º e 117 da Lei n. 11.101, de 9/2/2005.

Justificativa:

Nos termos do art. 6º, § 1º, da Lei n. 11.101/2005, as ações que demandam quantia ilíquida não se suspendem em razão da decretação da falência nem são atraídas para o juízo universal falimentar, continuando a tramitar normalmente no juízo competente até a eventual definição de crédito líquido, o qual será incluído no quadro geral de credores, na classe correspondente. Da mesma forma, ações que demandam quantia ilíquida podem ser ajuizadas normalmente após a decretação da quebra, aplicando-se a mesma regra.

O art. 117 da Lei n. 11.101/2005 permite que o administrador judicial decida se cumpre ou não os contratos bilaterais do falido que ainda estiverem em curso, observado o princípio da maximização do ativo do devedor e ouvido o comitê de credores. Ocorre que a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato no qual está prevista, sendo um ato jurídico perfeito e acabado, de modo que a regra em questão não se aplica

a ela. Assim, o administrador judicial não pode recusar cumprimento a ela nem precisa de autorização do comitê (ou do juiz) para dar início a procedimento arbitral dela decorrente.

76. Nos casos de emissão de títulos de dívida pela companhia recuperanda, na qual exista agente fiduciário ou figura similar representando uma coletividade de credores, caberá ao agente fiduciário o exercício do voto em assembleia-geral de credores, nos termos e mediante as autorizações previstas no documento de emissão, ressalvada a faculdade de qualquer investidor final pleitear ao juízo da recuperação o desmembramento do direito de voz e voto em assembleia para exercê-los individualmente, unicamente mediante autorização judicial.

Referência legislativa: artigo 39 da Lei n. 11.101, de 9/2/2005.

Justificativa:

A internacionalização das companhias brasileiras, que buscam no exterior financiamento mediante emissão de *bonds*, impõe a adequação da legislação concursal brasileira a esta nova realidade. A emissão de *bonds* é instrumentalizada em uma escritura (*indenture*), que indica o nome do agente fiduciário (*indenture trustee*) que atuará em favor dos investidores finais (*bondholders*).

Em caso de recuperação da companhia emissora, na relação de credores da petição inicial (art. 51, da Lei n. 11/101/2005 - LRF), será relacionado o nome do *indenture trustee* pelo valor total da *indenture*. Com efeito, é o *indenture trustee* quem, de regra, se legitimará para exercer voz e voto em assembleia-geral de credores. No entanto, de acordo com o *Trust Indenture Act* de 1939, legislação norte-americana que rege as *indentures* emitidas em território norte-americano, o *indenture trustee* deverá observar deveres fiduciários ao exercer o direito de voto em caso de recuperação de companhia emissora. Por esta razão, com receio de serem responsabilizados por violação de deveres fiduciários, de regra, o *indenture trustee* não vota em processos de reorganização judicial de empresas.

Como os *bondholders* são os investidores que efetivamente possuem interesse econômico no resultado da reorganização judicial de empresas, a legislação concursal norte-americana autoriza que exerçam direito de voz e voto.

Nos processos brasileiros de recuperação judicial, ante a ausência de comando legislativo expresso, os *bondholders* têm obtido autorização judicial para desmembrar seu direito de voz e voto do valor do crédito relacionado em nome do *indenture trustee*. No entanto, por vezes, este desmembramento não interessa à companhia recuperanda ou a determinado grupo de credores, de modo que surgem disputas processuais e recursais a questionarem a matéria.

Para conferir uniformidade de tratamento a todos os casos, bem como para reduzir custos de financiamento de companhias brasileiras no exterior, é importante que se reconheça o direito de o *bondholder* exercer direito de voz e voto mediante autorização judicial.

77. As alterações do plano de recuperação judicial devem ser submetidas à assembleia geral de credores, e a aprovação obedecerá ao quorum previsto no art. 45 da Lei n. 11.101/05, tendo caráter vinculante a todos os credores submetidos à recuperação judicial, observada a ressalva do art. 50, § 1º, da Lei n. 11.101/05, ainda que propostas as alterações após dois anos da concessão da recuperação judicial e desde que ainda não encerrada por sentença.

Referência legislativa: arts. 35, 45, 50, § 1º, 56 e 63 da Lei n. 11.101, de 9/2/2005.

Justificativa:

As alterações do plano de recuperação judicial devem ser submetidas à assembleia geral de credores, sendo que a aprovação obedecerá ao quorum previsto no art. 45 da Lei n. 11.101/05 e terá caráter vinculante a todos os credores submetidos à recuperação, observada a ressalva do art. 50, § 1º, da Lei n. 11.101/05, ainda que propostas as alterações após dois anos da concessão da recuperação judicial e desde que ainda não encerrada por sentença.

Ainda que a alteração do plano seja proposta depois de dois anos da concessão da recuperação judicial, época em que tal recuperação, em tese, poderia ter sido encerrada caso não tivesse havido descumprimento do plano, nos termos do art. 63 da Lei n. 11.101/05, deve prevalecer a vontade da maioria presente à assembleia, com caráter vinculativo a todos os credores submetidos à recuperação judicial, respeitada a ressalva do art. 50, § 1º, da Lei n. 11.101/05.

A justificativa para o enunciado reside na tentativa de vincular as alterações do plano posteriores ao decurso de dois da concessão da recuperação a todos os credores submetidos à recuperação e não restringi-las apenas aos anuentes, que aprovaram as alterações do plano em assembleia, sob pena de desconsiderar a regra de maioria, típica das assembleias de credores, e tornar o prosseguimento da recuperação judicial inócuo. Além disso, a mudança de cenário econômico pode inviabilizar o cumprimento do plano, o que levaria à decretação da falência da empresa. Em face do princípio da preservação da empresa, e de sua função social, recomenda-se envidar esforços para a adequação ou ajustes no plano, submetida a proposta, por analogia à regra do art. 56 da Lei n. 11.101/2005, à assembleia de credores que será soberana para deliberar a respeito, na forma do art. 35, inc. I, letra “F” da Lei n. 11.101/2005. Precedentes: TJRS 70044939700; 70047223201; 70040733479

78. O pedido de recuperação judicial deve ser instruído com a relação completa de todos os credores do devedor, sujeitos ou não à recuperação judicial, inclusive fiscais, para um completo e adequado conhecimento da situação econômico-financeira do devedor.

Referência legislativa: art. 51, inc. III, da Lei. n. 11.101, de 9/2/2005.

Justificativa:

O inc. III do art. 51 da LRF não distingue entre créditos sujeitos ou não à recuperação judicial. Ao contrário, requer a relação completa dos credores e, pela referência expressa às obrigações de fazer e de dar, evidencia o escopo de obter uma relação o mais completa possível dos créditos do devedor, o que tem sido reconhecido pela doutrina e por exemplares decisões judiciais. Nada obstante, a observância desta exigência legal não tem sido prática constante em boa parte das recuperações judiciais, tornando precárias as informações disponíveis a respeito do devedor, comprometendo-se a racionalidade das deliberações dos credores. É essencial, para uma adequada deliberação do credor quanto ao plano de recuperação judicial, que o devedor assegure o pleno conhecimento de sua situação econômico-financeira. Trata-se de uma decorrência natural do princípio da boa-fé objetiva, a exigir a transparência do devedor para a perfeita compreensão de sua condição econômico-financeira pelos credores.

79. O requisito do inc. III do §1º do art. 58 da Lei n. 11.101 aplica-se a todas as classes nas quais o plano de recuperação judicial não obteve aprovação nos termos do art. 45 desta Lei.

Referência legislativa: art. 58, § 1º, inc. III, da Lei n. 11.101, de 9/2/2005.

Justificativa:

Da recente alteração promovida na Lei n. 11.101/2005 pela Lei Complementar 147/2014, a qual criou uma nova classe de credores na recuperação judicial - classe IV, titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte - resultou grave dificuldade interpretativa para a aplicação do mecanismo do chamado *cram down*, tendo em vista que da dicção legal extrai-se que seria possível a concessão da recuperação judicial ainda que o plano de recuperação judicial fosse rejeitado em duas classes de credores. Porém, quanto à prevalência ou não da exigência constante do inc. III do §1º do art. 58 (voto favorável de mais de um terço dos credores na classe que houver rejeitado o plano), em relação a todas as classes que tenham rejeitado o plano, há distintas correntes em formação. Como são pontos críticos a concessão da recuperação judicial e a exigência de um voto favorável de, pelo menos, um terço dos credores nas classes recalcitrantes, visando assegurar um melhor equilíbrio nas disposições do plano no âmbito de uma mesma classe, entende-se relevante firmar um entendimento no sentido de que o requisito do inc. III do §1º do art. 58 da Lei n. 11.101 deve ser exigido em relação a todas as classes de credores nas quais o plano de recuperação judicial não obteve aprovação nos termos do art. 45 desta Lei.

80. Para classificar-se credor, em pedido de habilitação, como privilegiado especial, em razão do art. 83, IV, "d" da Lei de Falências, exige-se, cumulativamente, que: (a) esteja vigente a LC 147/2014 na data em que distribuído o pedido de recuperação judicial ou decretada a falência do devedor; (b) o credor faça prova de que, no momento da distribuição do pedido de recuperação judicial ou da decretação da falência, preenchia os requisitos legais para ser reconhecido como microempreendedor individual, microempresa ou empresa de pequeno porte.

Referência legislativa: art. 83 da Lei n. 11.101, de 9/2/2005.

Justificativa:

A recente Lei Complementar n. 147/2014 foi objeto de críticas, em escritos de setembro e outubro de 2014, de Gilberto Deon Corrêa, Cássio Machado Cavalli, Luís Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea. Apesar de haver sensível campo de controvérsia sobre a classificação dos créditos de microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte, também abre-se campo para dúvidas sobre a incidência temporal da inovação legislativa.

A Lei de Falências, mescla de regras processuais e materiais, adotou a lógica de permanência do procedimento e de suas regras aos feitos em andamento (art. 192). Com mais razão, não é possível a incidência da LC 147/2014 nas classificações de créditos em recuperações já distribuídas e falências já decretadas, pois possui natureza normativa de direito material e o art. 9º, II, da Lei de Falências define os marcos descritos no enunciado como os momentos a considerar para fins de classificação.

81. Aplica-se à recuperação judicial, no que couber, o princípio da *par condicio creditorum*.

Referência legislativa: artigo 126 da Lei n. 11.101, de 9/2/2005.

Justificativa:

Discute-se se a *par condicio creditorum* estaria restrita apenas à falência ou se também se aplicaria à recuperação judicial. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao analisar o caso em que um credor estava retendo valores pertencentes à empresa recuperanda, entendeu que “[...] a pretensão de percepção de seu crédito através de compensação, mediante a apropriação de valores decorrentes de vendas efetuadas pela empresa em recuperação judicial a seus clientes por intermédio dos cartões Hipercard, importaria em afronta o princípio da *par condicio creditorum*, isto é, a igualdade de tratamento entre os credores sujeitos ao favor creditício e diverso do plano de recuperação pretendido, o que é incabível”.

O Tribunal de Justiça de São Paulo também se manifestou no sentido de que o princípio se aplica à recuperação judicial, sendo “o postulado da *par condicio creditorum* a pedra angular sobre a qual se assenta qualquer tipo de processo judicial de insolvência” (AI n. 0136362-29.2011.8.26.0000).

Já o Superior Tribunal de Justiça, embora não tenha se manifestado expressamente sobre o tema, inclinou-se no sentido da aplicabilidade à recuperação judicial ao inserir, na ementa do Conflito de Competência CC 68173/SP, que “[...] A decisão liminar da justiça trabalhista que determinou a indisponibilidade dos bens da empresa em recuperação judicial, assim também dos seus sócios, não pode prevalecer, sob pena de se quebrar o princípio nuclear da recuperação, que é a possibilidade de soerguimento da empresa, ferindo também o princípio da *par condicio creditorum*”.