

Aspectos Polêmicos da Nova Lei de Falências

Autore: Monica Gusmao

In: Diritto civile e commerciale

Mônica Gusmão¹

1.Introdução

É natural que toda lei nova traga certo desassossego ao sistema jurídico. A inquietação é da essência de toda nova disciplina. Com o tempo, a jurisprudência vai aplainando o desconforto e a antinomia, que são, a mais das vezes, meramente aparentes. Com uma lei da importância da L.nº 11.101/05, obviamente não foi diferente. Diversas críticas surgiram ainda na sua vacatio, notadamente em relação à redação de institutos vitais para a compreensão do moderno direito empresarial, e, também, à distribuição das matérias no corpo do novo texto. Grande parte do rebuliço doutrinário decorria da declarada intenção da lei de preservar a empresa e sua função social, e não, apenas, punir o empresário devedor, como até então era da cultura do foro.

Este trabalho não padece da veleidade de ter resposta pronta para todos os sobressaltos vindos com a nova lei. Quer, apenas, trazê-los à cena das discussões proveitosas.

A maioria da doutrina afirma que a L.nº 11.101/05 tem por princípio a recuperação e a preservação das empresas. Assim é. A lei traz inúmeros mecanismos para que a empresa ? atividade econômica organizada ? possa superar eventual e transitória crise econômica e financeira. Seduzidos por esses altos propósitos legislativos, muitos vêem no princípio da preservação das empresas e de sua função social um valor absoluto. Para esses, toda empresa deve ser recuperada a qualquer custo. Não é bem assim. Preserva-se a empresa que possa e deva ser preservada, e essa seleção implica um juízo de valor a priori. Para manter o equilíbrio social, econômico e político, indiscutivelmente é dever do Estado incentivar e empenhar-se em preservar as empresas, fontes geradoras de tributos e de empregos. A aplicação indiscriminada do princípio da preservação acabaria por permitir que a continuação de uma empresa economicamente inviável trouxesse prejuízos que refletiriam de forma desastrosa na coletividade, gerando instabilidade em vez de harmonia social.

O legislador emprestou novo perfil à falência. Exemplo disso está no mecanismo para satisfação dos credores. Diferentemente do que estava no decreto revogado, a liquidação mereceu uma releitura, pois o propósito principal da nova lei é a satisfação mais célere e eficaz dos credores, com mecanismos que permitam a alienação de toda a unidade produtiva, a fim de preservá-la (Princípio da Maximização ou da Valoração do Ativo). Outra coisa: não mais se admite a recuperação do devedor que teve a sua falência decretada, diferentemente do que ocorria no DL.nº 7.661/45, que admitia a recuperação através da concessão de concordata suspensiva.

2 — A falência como meio de cobrança

Para evitar que a falência continuasse sendo utilizada como meio de cobrança pelos credores, a L.nº 11.101/05 impôs um mínimo para o requerimento de quebra fundado na impontualidade. No regime antigo, em vez de se utilizarem de ação própria, titulares de créditos inexpressivos punham as empresas

em risco valendo-se da falência como meio de cobrança. O devedor empresário via-se, na maioria das vezes, obrigado ao depósito elisivo para evitar a quebra. Alguns tímidos, mas respeitados, julgados decidiam pela falta de interesse do credor, sob o fundamento da inadequação do meio eleito para satisfação do crédito, aliado aos princípios da função social, preservação da empresa e menor onerosidade para o devedor². O novo diploma legal minimizou o problema reduzindo expressivamente os requerimentos de falência, o que traduz avanço para a economia e para o próprio judiciário. A mais das vezes, o devedor empresário quer afastar os efeitos desastrosos da falência optando pelo depósito elisivo³ da quantia reclamada, sem sequer responder à pretensão do suposto credor.

O titular de crédito superior a quarenta salários mínimos⁴ ainda pode optar pelo requerimento de falência, em vez de executá-lo, sem falar na possibilidade de unir-se a outros credores para a comprovação do mínimo legal exigido⁵. Não endossamos a tese de que o credor pode aproveitar protesto levado a efeito por terceiro (“protesto emprestado”) para completar o valor do seu crédito. Se seu crédito é inferior a quarenta salários mínimos, pode executá-lo individualmente ou em litisconsórcio.

A nova lei admite⁶ requerimento de falência do executado ? se empresário — que, no prazo legal, não paga, não deposita ou não nomeia bens suficientes à penhora no prazo legal (execução frustrada). A inovação consiste em que, no DL.nº nº 7.661/45, a nomeação de bens, ainda que insuficientes, não ensejava requerimento de falência. Agora, não. Não é qualquer nomeação que conta, mas a nomeação eficiente. Preocupa-nos essa mudança, pois, com o advento da nova lei, a nomeação não basta: se o devedor nomear à penhora bens insuficientes para a garantia do débito, esse fato, por si, tipifica execução frustrada. Somos de opinião que o juízo da execução deve, sempre que possível ? e até mesmo no interesse do próprio credor ?, amparado nos princípios da razoabilidade, ponderação de interesses, menor onerosidade, função social e preservação da empresa, eticidade e outros tantos, evitar essa consequência danosa, dando ao devedor oportunidade para a complementação da penhora caso os bens indicados não cubram o valor do débito ou possam não despertar interesse em praça.

1.

— Legitimidade ativa

1.

— Credor empresário

O art.9º,III,“a” do revogado DL.nº 7.661/45 impunha ao credor empresário a comprovação de sua regularidade, ou seja, inscrição ou arquivamento no Registro Público de Empresas Mercantis de firma (empresário individual) ou contrato ou estatuto sociais (sociedades empresárias). O art. 97, §1º repetiu esta exigência ao determinar que o credor, se empresário, comprove a regularidade de suas atividades. Pergunto: e o credor não-empresário? Tem de comprovar sua regularidade? Dito doutro modo: há necessidade de uma sociedade simples, que não é considerada empresária, comprovar sua regularidade e ter de exhibir os seus atos constitutivos devidamente arquivados no Registro Civil de Pessoas Jurídicas? Teriam legitimidade ativa para o requerimento de quebra de seus devedores as sociedades em comum que não ostentassem condição de empresárias?

Para nós, o art.97,§1º da L. nº 11.101/05 comporta interpretação extensiva, que mais se afina com a mens geral da nova lei. Se assim não for, estar-se-á dando tratamento desigual a situações idênticas. Se ambos são credores, a regularidade deve ser exigida de ambos, sob pena de se violar a paridade e a isonomia de

tratamento, além de fomentar a irregularidade. Digo mais: o Código Civil impõe tanto ao empresário⁷ como ao não-empresário⁸ a obrigatoriedade do registro de seus atos nos respectivos órgãos competentes.

1.

— Credor com garantia real

Em regra, o art. 9º, III, “b” do DL.nº 7.661/45 não conferia legitimidade ao credor com garantia real para requerer falência de seu devedor, exceto se a ela renunciasse, ou provasse que tal garantia não bastava para a satisfação do crédito. Assim era porque o credor podia valer-se de ação própria para cobrar o valor devido, faltando-lhe, dessa forma, interesse, ou razoabilidade no pedido. Era prevalente, também, o princípio da preservação das empresas. Se esse credor optasse pelo pedido de quebra, perderia sua posição privilegiada e concorreria com os demais na condição de quirografário.

O art. 97, IV da Lei de Falências estende essa legitimidade a qualquer credor e não impõe nenhuma renúncia à garantia real sobre o crédito. A questão não é pacífica. Há quem sustente a legitimidade do credor com garantia real para o requerimento de quebra sem necessidade da renúncia à sua garantia. Se a mens legis fosse a de manter a restrição anterior, a renúncia obrigatória seria mantida, pois não se pode impor ao credor renúncia que não está na lei, nem se admitir renúncia implícita. Ousamos divergir. Ainda que a Lei de Falências não tenha mantido a restrição anterior, o pedido de falência por credor com garantia real somente pode ser admitido com a efetiva renúncia à garantia (ainda que tacita) ou prova

que tal garantia não basta para a satisfação do crédito. É conveniente ressaltar que para nós, o óbice ao requerimento não se dá pela ilegitimidade do credor, mas sim, por sua total falta de interesse, por esse credor ter à sua disposição meios próprios para cobrança de seu crédito, não sendo razoável onerar e punir em demasia o devedor e a coletividade como um todo com o decreto de quebra, sob pena de bis in idem.

Da mesma forma, merece destaque a previsão do art. 68, §3º, “c” da L. nº 6.404/76, que legitima o agente fiduciário dos debenturistas a requerer a falência da companhia, salvo se não existirem garantias reais. Os mesmos argumentos valem aqui: o agente fiduciário dos debenturistas não tem interesse para requerimento de falência da companhia., se representante da comunhão de debenturistas com garantia real.

1.

— Credor titular de crédito vincendo

O art. 9º,III do DL.nº 7.661/45 legitimava o titular de crédito, ainda que não vencido, a requerer a falência do devedor. A questão era polêmica. Para alguns, prevalecia a interpretação literal da lei, ou seja, o titular de crédito vincendo poderia requerer a falência do devedor tanto com fundamento na prática de atos de falência quanto no de impontualidade, valendo-se, na última hipótese, do protesto levado a efeito por terceiro⁹. Sempre defendemos interpretação restritiva desse artigo. Admitíamos o requerimento de

falência do devedor apenas na hipótese de prática de eventual ato de falência. Solução inversa implicaria indefensável contra-senso: titular de crédito que ainda não venceu poderia cobrá-lo com a comprovação da impontualidade do devedor com outro credor, exigindo-se, apenas, certidão de protesto comprobatória daquela outra impontualidade. Tínhamos a seguinte situação: credor de crédito a vencer daqui a três anos, por exemplo, provava a impontualidade do devedor com a certidão de protesto tirada por outro credor, acarretando a antecipação do vencimento do crédito mesmo sem ter havido a decretação da falência, caso o devedor optasse pelo depósito elisivo.

A L.nº 11.101/05 confere legitimidade a qualquer credor¹⁰, mas não repete a regra anterior, o que reforça a tese que advogávamos: admite-se requerimento de falência apenas por credor titular de crédito vencido¹¹. Acrescento: esse novo dispositivo veio ao encontro do princípio da preservação das empresas.

1.

— Ministério Público

O art. 127 da Constituição Federal diz que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. O art. 129,III dá legitimidade ativa a esse órgão para promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

O art. 3º dessa lei determina o objeto da ação civil pública: a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não-fazer. Julgado procedente o pedido, decorridos 60 (sessenta) dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, sem que a associação autora lhe promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público¹².

Por outro lado, dispõe o art. 876 da CLT que as decisões passadas em julgado, ou das quais não tenha havido recurso com efeito suspensivo, os acordos não cumpridos, os termos de ajuste de conduta firmados perante o Ministério Público do Trabalho e os termos de conciliação firmados perante as Comissões de Conciliação Prévia serão executados pela forma estabelecida naquele Capítulo.

Inquestionavelmente, a Justiça do Trabalho é competente para conhecer e julgar a execução de termo de compromisso (termo de ajuste de conduta) tomado pelo Ministério Público do Trabalho com amparo nos arts.114 e 129,III da CF/88, combinado com os arts.83,III da LC nº 75/93,5º, §6º da L. nº7.347/85 e 585,II do Código de Processo Civil. Pode o Ministério Público, pelo inquérito civil público, apurar a denúncia recebida e convocar o indiciado para assinar o termo de compromisso de adequação de conduta (TAC).

Esse termo tem força de título executivo extrajudicial¹³ e pode ser executado diretamente pelo Ministério Público.

O requerimento de falência pode fundar-se:

1.
na impontualidade, caracterizada pelo não-pagamento, no prazo contratado, de obrigação líquida superior a quarenta salários mínimos¹⁴.

- 2.

b) na execução frustrada, em que o executado, no prazo legal, não paga a quantia devida, não a deposita ou nomeia à penhora bens insuficientes¹⁵.

c) prática de atos de falência¹⁶.

Em regra, o representante do Ministério Público atua na falência na condição de custos legis. Concluimos, contudo, pela legitimidade ativa do representante do Ministério Público para requerimento da falência do devedor empresário nas hipóteses legais que o autorizam a promover execução singular. Se a falência, para grande maioria da doutrina, tem natureza de execução coletiva, não é absurda a tese de que o Ministério Público esteja autorizado a pedir a quebra do devedor empresário com fundamento na impontualidade e execução frustrada na ação civil pública e no termo de ajuste de conduta (TAC), se legitimado para essas execuções singulares.

1.

— Legitimidade passiva

Repetindo a regra do Decreto revogado, a lei atual determina que os institutos da falência e da recuperação judicial somente podem ser aplicados ao devedor empresário. O Código Civil não trouxe

conceito de empresário. Antes de seu advento tínhamos a figura do comerciante, aquele que praticava atos de comércio em caráter habitual, profissional e oneroso. Adotando a Teoria da Empresa, o conceito de comerciante foi substituído pelo de empresário. O art. 966 do Código Civil diz que empresário é a pessoa física ou jurídica que exerce atividade economicamente organizada, em caráter profissional, para a produção ou circulação de bens e serviços. Exclui da condição de empresário, no parágrafo único, os que exercem atividades intelectual, científica, artística ou literária, salvo se presente o elemento de empresa.

1.

— Empresário emancipado

A possibilidade de o empresário emancipado aos dezesseis anos incidir em falência era tema controvertido. O debate girava em torno de duas questões: o art.3º,II do DL nº 7.661/45 somente conferia legitimidade passiva ao comerciante com mais de dezoito anos. A outra, prendia-se à impossibilidade de se impor sanção ao empresário emancipado aos 16 anos, se falido, em caso de cometimento de crime falimentar. Há muito admitíamos a possibilidade de falência do empresário emancipado¹⁷. Como prevíamos, a atual lei de falências pôs fim à polêmica. Não há previsão de idade mínima para que o empresário individual incida em falência. Da mesma forma ? quanto à prática de crime previsto na lei de falência pelo empresário emancipado aos 16 anos ?, defendíamos que o art.112,II do ECA permite à autoridade competente aplicar, como medida sócioeducativa , a obrigação de o menor reparar o dano, o que se completa pelo disposto no art.116 quando diz que “em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o

ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima “, e, no seu parágrafo único, que, “havendo manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada”¹⁸.

1.

— Proibidos do exercício de atividade empresarial

O art. 3º, IV do DL nº 7.661/45 previa a falência dos proibidos de exercer atividade empresarial. Não obstante a vedação da lei, comprovados os requisitos legais, sujeitavam-se à quebra. O art. 974 do Código Civil não admite o exercício de atividade empresarial pelos legalmente impedidos (por exemplo, magistrados, servidores civis da ativa, membros do Poder Legislativo etc). Não afasta sua responsabilidade, contudo, se violarem disposição legal¹⁹. Importante ressaltar que a vedação somente se refere a atividades exercidas pelos impedidos, como empresários individuais. Nada obsta que componham os quadros de sociedades, desde que não assumam sua administração. A lei de falências é omissa. Para nós, a regra ainda se mantém. Tese contrária fomentaria o exercício irregular da empresa por quem não a pode, por direito, exercer.

1.

— Empresário rural

Em regra, o empresário caracteriza-se pelo exercício de atividade econômica organizada, em caráter profissional e habitual, e não pelo efetivo registro no órgão competente. A natureza do registro é meramente declaratória. O registro dos atos constitutivos na Junta Comercial tem natureza constitutiva, pois a condição de empresário decorre do efetivo registro, e não do exercício da empresa. Os arts. 971 e 984 do Código Civil facultam ao empresário rural, excepcionalmente, optar pela condição de empresário, se rural for a principal atividade desenvolvida. O registro da firma individual ou contrato social no Registro Público de Empresas Mercantis, por sua natureza constitutiva, torna-os empresários. Para alguns, o exercício de atividade agroindustrial descaracterizaria a condição de rural, pois o simples exercício de atividade industrial já o tornaria empresário, em virtude da própria lei. Discordamos. Não será o exercício concomitante da atividade rural e industrial que determinará a condição de empresário, e sim se a atividade industrial preponderar. Emprestamos ao art.971 do Código Civil interpretação literal: o empresário rural somente poderá optar por essa condição se a principal atividade desenvolvida for rural. Interpretação contrario sensu leva-nos à seguinte conclusão: o empresário rural não poderá optar por essa condição se a principal atividade não for rural, e sim, industrial, hipótese em que, aí sim, será considerado empresário, independentemente do registro.

1.

— Sócios com responsabilidade ilimitada

O art. 5º do DL nº 7.661/45 dizia que a falência de sociedade com sócios de responsabilidade ilimitada não determinava a falência pessoal dos sócios, que sofriam, contudo, seus efeitos, como arrecadação de seus bens concomitantemente com os da sociedade falida, vencimento antecipado de suas dívidas particulares etc. A regra confirmava um dos princípios basilares do direito empresarial de que a pessoa da sociedade não se confunde com a de seus sócios. Por outro lado, o princípio da autonomia patrimonial determina a separação do patrimônio da sociedade do de seus sócios. O sujeito de direitos é a sociedade. É ela quem se obriga em nome próprio perante terceiros. O empresário, tal como definindo no art. 966 do Código Civil de 2002, é a sociedade, e não os sócios.

A lei define expressamente as hipóteses de ilimitação da responsabilidade dos sócios, como, por exemplo, os arts. 1.015 e 1.016 do Código Civil de 2002 e art. 158 da L. nº 6.404/76. Se, por força do tipo societário²⁰, assumirem responsabilidade ilimitada, somente responderão pelas dívidas sociais depois de exaurido o patrimônio da sociedade.

Em resumo: apesar da ilimitação da responsabilidade, os credores sociais devem observar o benefício de ordem, em que os bens dos sócios não podem ser atingidos senão depois de atingidos os bens da sociedade²¹.

O art. 81 da lei de falências inova quando diz que a decisão que decreta a falência da sociedade também acarreta a falência dos sócios com responsabilidade ilimitada, além de os sujeitar aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à sociedade falida. A controvérsia é acirrada.

Fábio Ulhoa²² sustenta que

“...pela nova disciplina, esses sócios terão sua falência decretada junto com a sociedade. Note-se que a lei criou aqui uma hipótese de concurso falimentar em que o devedor não é necessariamente empresário individual ou sociedade empresária”.

Para nós, o art. 81 contém uma contradição. Vai de encontro ao art. 1º da lei de falências. Os institutos da falência e da recuperação somente podem ser aplicados aos empresários (individuais ou sociedades empresárias). A mens legis foi a de excluir os não-empresários, que se sujeitam a regime próprio.

O art. 966 do Código Civil diz que empresário é a pessoa natural ou jurídica que exerce em caráter profissional e habitual atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. Como é cediço, é o empresário quem exerce a empresa (atividade econômica organizada). Os sócios não são considerados empresários. O art. 981 do Código Civil define sociedade como um contrato celebrado entre duas ou mais pessoas, que se obrigam à partilha dos resultados. A sociedade tem personalidade jurídica e patrimônio distintos dos dos sócios. A eventual ilimitação de responsabilidade, de acordo com o tipo societário criado, não os torna empresários. Apenas permite que respondam, subsidiariamente, pelas obrigações assumidas pela sociedade. Entendimento diverso obriga-nos a negar todos os pilares do direito societário. Sérgio Campinho²³ não esconde nutrir

“...simpatia pela visão de limitar a decretação da falência aos sócios que encarnarem a qualidade de empresário. Para os demais, não haveria propriamente a decretação de suas falências pessoais, mas tão somente a sujeição, fundamentalmente no âmbito patrimonial, aos mesmos efeitos jurídicos produzidos

pela sentença em relação à sociedade”.

Em parte ? e a despeito do proveitoso conselho ?, discordamos. O autor admite a falência do sócio, desde que empresário. Os não-empresários seriam apanhados pelos efeitos da sentença. Para nós, não há compatibilidade entre os arts. 1º e 81 da lei de falências. Se a lei restringe a falência ao devedor empresário, como admitir sua extensão aos sócios, empresários ou não, apenas pela ilimitação de responsabilidade? Não é razoável.

O mote principal da atual lei de falências é a preservação da empresa e de sua função social²⁴. Se se criaram novos mecanismos para preservar e recuperar empresas em crise, como admitir, por exemplo, que uma pessoa (natural ou jurídica), além de compor uma sociedade, e que também exerça atividade empresarial, seja punida pela falência da sociedade que integra, apenas pela circunstância ? ocasional ? de deter responsabilidade ilimitada?

Pergunto: sua atividade pessoal, como empresário, não deve ser também preservada? A lei não pode desprezar a evidência de que tributos e empregos também são gerados pela empresa exercida pelo sócio. Pior: e o sócio que possui responsabilidade ilimitada e sequer exerce atividade empresarial? A interpretação literal do art. 81 levaria ao absurdo de admitir-se a falência do não-empresário quando da quebra da sociedade(essa, empresária) que integra.

Numa palavra:

1.

não endossamos a lição de Fábio Ulhoa de que, com a quebra da sociedade empresária, também

possam falir os sócios empresários e os não-empresários que tenham responsabilidade ilimitada;

1.

endossamos ? em parte ? a posição de Sérgio Campinho no ponto em que não admite a falência dos sócios não-empresários com responsabilidade ilimitada e naquele em que ensina que esses sócios apenas se sujeitam aos efeitos da sentença. Divergimos, quando advoga que a falência da sociedade pode ensejar a quebra de sócio ? desde que empresário ? com responsabilidade ilimitada.

2.

para nós, apenas a sociedade empresária pode falir. Sócios com responsabilidade ilimitada ? empresários ou não ? não incidem em falência. Sujeitam-se, contudo, aos efeitos da sentença.

1.

— Efeitos da falência: suspensão das ações e execuções individuais contra o falido e contra o sócio solidário

O art. 6º da lei de falências determina a suspensão das ações e das execuções individuais em face do falido e do sócio com responsabilidade ilimitada. A regra tem por fundamento os princípios da universalidade e da indivisibilidade do juízo falimentar. Execuções fiscais não se suspendem, por força do art.187 do CTN.

Há outras exceções.

O art.24,1º do DL nº 7.661/45 dizia, em sua primeira parte, que as execuções individuais ajuizadas em face do devedor, antes do decreto de quebra, deviam prosseguir no juízo de origem se tivessem hasta designada para arrematação dos bens penhorados. O produto da arrematação era enviado ao juízo falimentar, com habilitação do exeqüente na massa falida, para satisfação de seu crédito. Da mesma forma, e com muito mais propriedade, tinham seguimento nos juízos de origem as execuções iniciadas antes da falência, em que os bens tivessem sido arrematados ao tempo da quebra. Pagava-se ao exeqüente, e eventual saldo era entregue à massa. O objetivo da execução já se esgotara com a arrematação do bem penhorado, bem como o ato jurídico já se tornara perfeito. O exeqüente tinha à sua disposição o valor total ou parcial de seu crédito. Não aplaudimos a lição que manda suspender execuções anteriores à decretação da falência nessas duas hipóteses, para posterior habilitação do credor exeqüente no juízo falimentar, pois a própria lei de falência traz como princípios informadores a celeridade e a economia processual²⁵.

1.

— Sociedades de economia mista

A sociedade de economia mista pode exercer atividade econômica quando necessária à segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme o disposto no art. 173 da Constituição Federal; ser prestadora de serviço público concedido pelo ente federativo titular do serviço ou executar, mediante contrato, atividade econômica monopolizada pela União, conforme art.

177 da Constituição Federal. A doutrina majoritária diferencia as sociedades de economia mista prestadora de serviço público das que exercem atividade econômica.

Antes da nova lei de Falências, José dos Santos Carvalho Filho entendia que, “A sujeição ao regime falimentar somente pode atingir as sociedades de economia mista que exerçam atividade econômica stricto sensu, ou seja, de natureza empresarial, porque somente essas são equiparadas às empresas privadas. (...) Tratando-se de sociedade de economia mista que se dedique à prestação de serviços públicos, não incluídas no citado mandamento constitucional, segundo a doutrina prevalente, a insolvência deve regular-se basicamente pelo direito público (...)”.

José Cretella Júnior diz que, “Quanto à penhora dos bens da sociedade de economia mista, a resposta também é consequência direta da própria natureza da sociedade que, sendo organismo privado e, disciplinado, pois, pelas normas do direito comum, pode ter seus bens constitutivos sujeitos a penhora, como os de qualquer sociedade de direito privado.

O problema da falência é de grande importância, no estudo destas sociedades, sustentando alguns autores, como Bielsa, a impossibilidade da quebra, porque o Estado colaborou com dinheiro e a quebra não é concebível, relativamente ao Estado. Em sentido contrário, pensam outros autores que distinguem entre várias espécies de sociedades de economia mista. Regra geral, como qualquer outra sociedade, a sociedade de economia mista está sujeita ao regime falimentar, mas, entrando em jogo interesses públicos, como no caso das concessionárias, a continuidade do serviço deve ser assegurada.”

Newton de Lucca²⁶ entende pela aplicação da falência inclusive nos casos de empresas prestadoras de

serviço, lembrando que em relação a elas, “com a decretação da falência ocorreria a chamada ‘reversão de bens’, cabendo ao Estado, por havê-los incorporado, garantir os credores até o valor dos bens revertidos” (idem, p. 166). Conclui que: “Em qualquer das hipóteses ... não se justifica a inaplicação do instituto da falência às sociedades de economia mista. Como se não bastassem as razões apresentadas e o conflito com o preceito constitucional assinalado, também as soluções no direito comparado parecem caminhar no mesmo sentido.”

A nosso ver, apesar de o art. 2º, I da Lei nº 11.101/05 excluir expressamente as sociedades de economia mista da falência e da recuperação judicial e extrajudicial, sustentamos a interpretação restritiva desse dispositivo, por todos os fundamentos doutrinários expostos: a vedação refere-se apenas as sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, sem, contudo, deixarmos de ressaltar que o art. 195 da Lei de Falências admite a quebra das concessionárias de serviços públicos ao determinar como efeito o extinção da concessão na forma da lei.

1.

— Interditos e incapazes

O art. 974 do Código Civil permite que, por meio dos pais, do autor da herança ou do representante, ou desde que devidamente assistidos, e mediante prévia autorização judicial, interditos e menores não-emancipados continuem o exercício da atividade de empresário. Nesse caso, diz o Código Civil²⁷, à continuidade da empresa “precederá autorização judicial, após exame das circunstâncias e dos riscos da empresa, bem como da conveniência em continuá-la, podendo a autorização ser revogada pelo juiz, ouvidos os pais, tutores ou representantes legais do menor ou do interdito, sem prejuízo dos direitos adquiridos por terceiros”.

Entendemos que os interditos e incapazes autorizados à continuação da empresa não serão considerados empresários por não estarem em pleno gozo de sua capacidade civil. A atividade empresarial será exercida por seus representantes ou assistentes (em nome do representado ou assistido), ou, ainda, por gerentes, caso o representante ou assistente do menor ou do interdito seja pessoa legalmente impedida de exercer atividade empresarial. Segundo pensamos, a hipótese é de uma empresa acéfala, ou seja, há o exercício de uma empresa sem haver a figura do empresário.

Admitir a continuação da empresa pelo interdito ou incapaz tem por escopo maior a preservação da empresa e sua função social. A regra quanto à responsabilidade do incapaz prevista no art. 974, §2º, CC/02, não mais poderá ser invocada com a emancipação. A partir dos dezesseis anos, se o menor der continuidade à atividade, cessará a sua condição de incapaz, em razão da sua emancipação, aplicando-se o disposto no art. 967. Deve o empresário emancipado, registrar a sua firma individual no órgão competente, a fim de se tornar empresário regular.

O art. 48 da lei de falências exige que o empresário comprove o exercício regular de atividade empresarial por mais de dois anos. Não vemos absurdo em se admitir o somatório do período em a empresa foi exercida pelo incapaz em decorrência de autorização judicial. Explico melhor: um menor que aos treze anos obteve autorização judicial para continuar atividade empresarial herdada, pode, quando emancipado (16 anos), requerer sua recuperação, se empresário individual regular, pois, em decorrência de autorização judicial, exerce regularmente atividade empresarial há mais de dois anos.

1.

— Natureza jurídica da recuperação

Doutrina anterior à L.nº 11.101/2005 controvertia sobre a natureza jurídica da concordata. Para uns, era contratual; para outros, favor legal. A maioria defendia a natureza processual (concordata ? sentença): o pedido do devedor não estava condicionado à vontade dos credores e tinha de ser concedido mediante ato judicial (sentença) sempre que preenchidos os requisitos do DL nº 7.661/45. Subsiste a divergência quanto à natureza jurídica da recuperação: ? É negócio de cooperação? É contrato judicial com feição novativa? É contrato extrajudicial? É contrato de execução continuada?

Não se nega que a recuperação procura compor credores e devedor empresário de modo a permitir a preservação da empresa e, com isso, resguardar sua função social. É, sob esse aspecto, um contrato. Conquanto os interessados diretos na recuperação sejam as partes contratantes ? e ainda que admitamos a sua natureza contratual ?, impõe-se reflexão demorada sobre o novo instituto, especialmente sob o prisma da boa-fé objetiva.²⁸

A boa-fé objetiva é uma regra de comportamento jurídico que não depende da intenção deliberada das partes. É, antes, uma norma de tutela da confiança legítima da contraparte no negócio jurídico. Põe o juiz na cena do contrato, de sorte que deve, independentemente de pedido ou de intenção dos contratantes, agir de modo a impedir que a conduta aparentemente decorrente de um ato lícito provoque um dano à outra parte, à sociedade e ao próprio sistema jurídico. Na tutela da boa-fé objetiva não é relevante para o juiz que a conduta das partes seja jurídica ou vinculante ou derive de um contrato privado. O que legitima a sua ? do juiz ? intervenção é a possibilidade de que esse comportamento, aparentemente fundado no direito, ou no contrato, possa causar prejuízo à sociedade. Na recuperação da empresa, a doutrina deve reservar ao judiciário presença mais relevante que o de simples homologador da vontade das partes. Embora a prevalência do interesse público sobre o privado seja um postulado, o que se apregoa não é isso, mas uma justa composição de interesses em que também o interesse da sociedade, pelas mãos do juiz, seja determinante na decisão que defere ou homologa o pedido de recuperação da empresa. Refoge à natureza do contrato privado, expressão do voluntarismo e da individualidade, prestar-se ao papel de fonte de prejuízo social. O processo não é um negócio entre as partes e nem o juiz é seu refém. O juiz deve

velar pelo conteúdo ético do processo. Como conteúdo ético, entende-se que se impõe ao juiz, como um dado a priori, verificar se as partes não se servem do processo para alcançar objetivo ilegal, se o devido processo legal foi assegurado e se as partes se conduzem nos limites da função social do direito.

Está na doutrina²⁹ :

“Segundo Planiol e Ripert³⁰, todos os contratos fundam-se na boa-fé, porque ninguém se escusa da obrigação de agir como homem probo e consciente, não apenas na formação, mas no cumprimento dos pactos, emprestando mais valor ao efetivamente desejado que ao escrito.

(...)Aos poucos, a rigorosa intangibilidade dos contratos se rarefez para dar lugar à sua função social³¹, permitindo a sua flexibilização sempre que as condições sobre as quais tivesse sido firmado se alterassem de tal forma que somente pudesse ser cumprido de forma iníqua, injusta ou extremamente onerosa para uma das partes. A esse modelo exegético somou-se a técnica de inserir nos contratos cláusulas gerais de conteúdo normativo aberto, que, ao contrário dos contratos regulados por *fattispecie*³², propiciam ao julgador aproximar-se do sentido efetivamente desejado pelas partes, e isso somente é possível se se puder desprezar o sentido puramente literal do ajustado.

Até o advento da L.nº8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), a expressão boa-fé tinha para nós acepção meramente subjetiva, “sinônimo de um estado psicológico do sujeito caracterizado pela ausência de malícia, pela sua crença ou suposição pessoal de estar agindo em conformidade com o direito”³³. Nesse contexto, a boa-fé objetiva denota, portanto, primariamente, a idéia de ignorância, de crença errônea, ainda que escusável, acerca da existência de uma situação regular, crença(e ignorância escusável) que repousam seja no próprio estado(subjetivo) da ignorância(as hipóteses do casamento putativo, da aquisição da propriedade alheia mediante usucapião), seja numa errônea aparência de certo ato(mandato aparente, herdeiro aparente etc.)³⁴. A noção de boa-fé, como representativa de um estado

anímico da pessoa, é a crença em que está o possuidor de que a coisa lhe pertence, crença plausível, isto é, de que a coisa foi adquirida por título capaz de transmitir domínio, capaz, no modo de ver do possuidor (porque a boa-fé não pode deixar de ser fato inteiramente subjetivo), quaisquer que sejam os vícios de forma ou de substância que afetem o direito, sem distinguir mesmo se tal crença repousa em erro de fato ou em erro de direito³⁵. Fala-se, agora, em boa-fé objetiva, conceito que despreza deliberadamente a intenção interior do sujeito para exigir comportamentos objetivamente comprometidos com a lealdade, a honestidade e o senso de cooperação com a contraparte para que se atinja o fim perseguido nas relações interpessoais³⁶. A boa-fé objetiva não é, como o disse o Prof. Gustavo Tepedino³⁷, “uma espécie de cheque em branco oferecido ao magistrado para, discricionariamente, interpretar a boa-fé objetiva de maneira subjetiva, tomada como manifestação de certa camaradagem do contratante” (grifos do original).

Da mesma forma, fala-se, atualmente, numa completa “relativização dos contratos”, especialmente com o advento do Código Civil de 2002, que acrescentou aos seus padrões clássicos três paradigmas: a eticidade, a boa-fé e a função social.

Descendo ao miúdo, nenhum desses “novos” formatos dogmáticos ? eticidade, boa-fé, função social ? é verdadeiramente novo, senão que se trata (às vezes é preciso ser óbvio) de um verniz recente e uma maneira de ver antigos postulados que, de uma ou de outra forma, sempre estiveram presentes no tráfego jurídico e, em menor ou maior grau, foram desejados nas relações interpessoais.

(...) Boa parte da doutrina adverte para uma preocupante banalização do conteúdo da expressão “boa-fé objetiva”, e pondera: aplicar às relações comuns a mesma boa-fé, ou a boa-fé como se interpreta nas relações de consumo não levará a qualquer resultado válido porque o princípio se reduzirá a um enunciado retórico, pela só-razão de que não haverá um pólo vulnerável a proteger³⁸. É que o conceito de boa-fé objetiva, que está no Código de Defesa do Consumidor num sentido claramente protetivo, migrou para a doutrina e a jurisprudência com evidente ampliação de conteúdo. Na origem, a boa-fé objetiva não visa à proteção desta ou daquela parte, mas à sujeição de ambas de modo a atrelá-las, “em igual

medida, aos padrões objetivos de lealdade e colaboração para os fins contratuais”³⁹. É tempo de dar-lhe um conceito preciso. Não se trata de reduzi-la a uma relação tarifada de comportamentos⁴⁰, mas é urgente impor limites. Para usar da expressão de Menezes Cordeiro⁴¹, é preciso manter o conceito de boa-fé dentro de “fronteiras mínimas de razoabilidade”. Não há consenso nem mesmo sobre a validade ou a utilidade de uma divisão da boa-fé em subjetiva e objetiva, já que ambas se regem pela moral social, e nas duas há normatividade⁴². O Código Civil de 2002 não faz distinção entre uma e outra, mas a doutrina civilista parece enamorada da idéia de que há mesmo duas concepções de boa-fé. Melhor: há duas boas-fés, ambas jurídicas, e cada qual com o seu contorno específico. A diferença básica entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva está em que a primeira diz respeito a algo interior ao sujeito, e a segunda, a algo exterior⁴³. Na primeira, o sujeito age convicto de que está fazendo valer o seu direito, e, na segunda, que, além de fazer valer o seu direito, está se comportando de tal modo que não prejudique interesses legítimos do outro contratante, e concorrendo, efetivamente, para que o contrato se realize da forma combinada. De fato, com exceção do Código de Defesa do Consumidor, que contém regras explícitas sobre a aplicação do princípio⁴⁴, e dos arts. 113 e 422 do Código Civil, que exigem dos contratantes probidade e boa-fé⁴⁵, a boa-fé objetiva não vem expressa noutra regra, embora a ela se refiram esparsamente outros artigos de lei, a doutrina e a jurisprudência.

(...)A boa-fé objetiva cumpre no sistema jurídico três funções essenciais⁴⁶: (1) como princípio geral de cooperação e lealdade recíprocas, do qual derivam regras específicas e particulares, (2) fonte de deveres anexos ou correlatos da prestação principal e (3) restrição ao exercício de direitos. Como princípio, condiciona a interpretação e a execução do negócio jurídico. É um cânone jurídico, a sua função exegética. Cabe-lhe encontrar o sentido genuíno do contratado depurando-o de qualquer deformação que decorra da interpretação dúbia ou maliciosa que objetive tirar vantagem indevida em desfavor do outro contratante. Na execução, no sentido de aplicar as cláusulas contratuais, de sorte que a relação entre as partes se dê do modo mais leal e honesto possível; na interpretação, procurando o sentido mais próximo do que as partes efetivamente desejaram⁴⁷. Como fonte de deveres anexos — também chamados acessórios, instrumentais ou tutelares —, a boa-fé objetiva impõe às partes deveres que não estão expressamente previstos nos contratos, mas que se desejam como necessários ou úteis à sua concreção, já que boa-fé

objetiva é desejar efetivamente que o outro não se prejudique em função do contrato, e agir concretamente para que isso não ocorra. Entre os deveres anexos comumente citados a doutrina relaciona o dever de informação, o de segurança, o de sigilo, o de colaboração para que o contrato se realize nos termos e fins para o qual foi celebrado, o de proteção, o de afastar danos, os atos de vigilância, guarda, cooperação e assistência. São cláusulas abertas que não comportam delimitação taxativa. Sua extensão varia de caso a caso e, de acordo com o tipo de contrato, e com o sentido da boa-fé objetiva que a interpretação desse contrato demanda, podem se constituir em um fazer ou em um não-fazer⁴⁸. A última função normalmente atribuída à boa-fé objetiva é inibitória, isto é, a de impedir o exercício de um direito aparentemente lícito, mas que contraria a lealdade e a confiança que se exigem nas relações privadas⁴⁹. O comportamento que se inibe não é ilícito, tanto que a doutrina fala em exercício inadmissível “de um direito”. O que se proíbe é que uma parte, valendo-se do contrato, exerça frente à contraparte um direito que viole a regra geral acessória de que aquele que exerce um direito tem o dever de levar em conta os interesses e as justas expectativas do outro. É, em resumo, a obrigação de abster-se do exercício de um direito se for razoavelmente possível supor que esse exercício quebrará a justa expectativa da outra parte, o dever de não se comportar de forma lesiva aos interesses e expectativas legítimas despertadas no outro⁵⁰.

Em tema de recuperação de empresa, o conteúdo ético do processo põe em relevo a figura do juiz e derruba o mito de que o sucesso do pedido de recuperação depende exclusivamente do consenso das diversas classes de credores. Para esses, o juiz abdicaria da função jurisdicional para limitar-se a mero agente homologador da vontade das partes. Não é verdade. O juiz não pode ser mero coadjuvante de cena empresarial da qual nem lhe deram script. Como órgão do Estado, e sendo o processo um instrumento da jurisdição, deve intervir sempre que vislumbrar no pedido de recuperação protelação do devedor. Seja dito: deve concorrer para que o pedido de recuperação não seja embusteiro, um expediente labioso usado pelo devedor para “ganhar tempo” até a efetiva decretação de sua falência, ou para que credores em conluio impeçam ou interfiram maliciosamente na sua concessão, por meio de assembléias. Ao judiciário

cabe cuidar para que o devedor não transforme pedido de recuperação em indústria rentável. Deve harmonizar a natureza jurídica da recuperação com a eticidade e a boa-fé objetiva.

Vejamos algumas hipóteses:

1.

determinação de ofício de prova pericial para verificação da lisura do pedido de recuperação e aferição da solvabilidade da empresa.

2.

dilação de prazo para juntada do plano de recuperação judicial, atendendo a circunstâncias objetivas(não se está advogando o desprezo à lei de falências nem estimulando decisões contra legem, mas a flexibilização dos prazos atendendo à complexidade e à relevância do empreendimento etc)⁵¹.

Sempre que a recuperação da empresa se mostrar viável, o judiciário terá o dever de apreciá-la. Não se pode cometer ao juiz, na recuperação, meras funções cartorárias que o confinem ao exame dos requisitos formais do pedido inicial⁵². Não combina com a utilidade da função jurisdicional reduzi-lo a colador de etiquetas de despachos escritos previamente sobre um padrão normativo que nem sempre se ajusta ao caso concreto.

1.

— Direito Intertemporal

O art. 192 da Lei de Falências, talvez por sua imprecisão e atecnia, é um dos mais polêmicos na doutrina. A partir de uma interpretação sistemática sugerimos as seguintes proposições:

1. A aplicação do Dec.-Lei nº7.661/45 aos processos de falência e de concordata impescinde não somente terem sido ajuizados antes da vigência da atual Lei de Falências, como também decisão de quebra ou concessiva da concordata, ou seja, que o estado de direito tenha se consolidado à época do decreto revogado⁵³ ;

1.

A vedação da concessão de concordata suspensiva nos processos de falência em curso, ou seja, já entrado em vigor a atual lei de falências, pressupõe a inércia do concordatário ou indeferimento do pedido de concordata suspensiva na vigência do Dec.-Lei nº7.661/45⁵⁴ .

2.

A existência de pedido de concordata preventiva ou suspensiva não obstam o pedido de recuperação, não sendo necessária a comprovação do deferimento ou cumprimento das

obrigações assumidas.⁵⁵ .

3.

O deferimento da continuação do negócio do falido, conforme o disposto no art. 74 do Dec.-Lei nº7.661/45, autoriza o pedido de recuperação do devedor quando da entrada em vigor da atual lei de falências, sob pena de não poder se valer da concordata suspensiva (art. 192,§1º) ou recuperação.

4.

A convalidação de concordata suspensiva em recuperação implica a extinção da própria concordata e falência anteriormente ajuizada, caso em que, descumprido o plano de recuperação, deve o juiz decretar a falência do devedor, conforme o art. 73 da Lei de Falências⁵⁶ .

5.

A atual lei de falências aplica-se às falências decretadas em sua vigência, ainda que requeridas na época do Dec.-Lei nº7.661/45, observando-se a prevalência das normas do decreto revogado até a decisão de quebra, que deve observar os requisitos do art. 99 da atual lei⁵⁷ .

10. Crédito trabalhista

Não é nova a discussão quanto à classificação dos créditos trabalhistas na falência. A matéria sempre foi polêmica em razão da própria natureza do crédito: alimentar.

A CF/88, art. , eleva como um dos princípios . Revolta-nos os argumentos utilizados para justificarem a limitação do crédito trabalhista na falência.. Não nos sensibiliza a idéia de que o limite imposto acabaria por minimizar eventuais fraudes, evitando-se a chamada “indústria de fabricação de créditos”. O argumento serve apenas para justificar o injustificável. Até onde entendemos, a lei de falências, tem por objetivo promover o afastamento do devedor de suas atividades , de forma a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos da empresa (art. 75). Soa-nos “pueril” que a fraude possa ser contida com limitação deste crédito, diga-se, o único crédito. E quanto aos demais? Será que estão acima de qualquer suspeita? Será tão improvável a hipótese de simulação de créditos de outras categorias? Achamos que o princípio da *pars conditio creditorum* deveria ser aplicado em sua verdadeira essência, ou seja, veda a diferenciação de tratamento a credores de mesma classe. Preza-se pela igualdade, paridade de tratamento. Ao que tudo indica, apesar de previsto na lei de falência, o princípio, antes tido como basilar, serviu para punir de forma indiscriminada os empregados, na maioria das vezes, hipossuficientes.

1.

— Conclusão

1º — Com a L.nº 11.101/05, desaparece o caráter punitivo da falência. Priorizam-se a recuperação da empresa e a preservação da sua função social. A natureza da recuperação é um contrato no qual o juiz, dentro do princípio da boa-fé objetiva, tem amplos poderes ordinatórios.

2º — A preservação da empresa não é absoluta nem indiscriminada. Dentro de um critério subjetivo, cabe ao juiz decidir que empresa pode ser preservada.

3º — A L.nº 11.101/05 inibe a possibilidade de que a falência seja utilizada como meio de cobrança ao estipular valor superior a quarenta salários mínimos para requerimento de quebra fundado na impontualidade do devedor.

4º — Credor cujo crédito não alcance o mínimo legal(40 salários mínimos)não se pode valer de protesto levado a efeito por terceiro para comprovar a impontualidade do devedor em relação a seu crédito, exceto na hipótese de litisconsórcio ativo

5º — Nomeação insuficiente de bens à penhora somente enseja pedido de falência do executado, com fundamento na execução frustrada, se o juízo não for garantido após eventual concessão de prazo dilatatório.

6º — A lei de falências somente confere legitimidade ativa ao credor empresário,se regular. Há tratamento desigual do credor não-empresário porque não se lhe exige regularidade.

7º — A lei de falências legitima qualquer credor com garantia real a requerer falência do devedor sem que renuncie a essa garantia.

8º — A lei de falências legitima qualquer credor a pedir a quebra do devedor empresário, mas, ao contrário do decreto revogado, não a estende ao titular de crédito vincendo.

9º — O Ministério Público tem legitimidade ativa para requerimento de falência do devedor empresário na execução de ação civil pública e no termo de ajustamento de conduta.

10 — Menor emancipado aos dezesseis anos, se empresário individual, pode falir. Se cometer crime falimentar, considera-se ato infracional, com aplicação do ECA.

11 — Impedidos por lei de exercer atividade empresarial incidirão em falência se o fizerem, apesar de não ter a lei atual repetido a regra do decreto revogado.

12 — O sócio não incide em falência apenas em razão do tipo de responsabilidade assumida na sociedade. Sujeitam-se, tão-só, aos efeitos da falência da sociedade empresária.

13 — Rural somente incide em falência se a principal atividade desenvolvida for rural e optar pelo registro dos atos no órgão competente. Coexistindo atividades industrial e rural analisa-se a preponderante.

14 — Não se suspendem execuções iniciadas antes da quebra se houver praça designada. Nessa hipótese, o produto da arrematação deve ser enviado à massa, seguindo-se habilitação do credor-exeqüente. Se tiver havido arrematação quando da quebra, satisfaz-se o exeqüente e destina-se à massa o que sobejar.

1 Autora, Professoressa de Direito Empresarial da EMERJ, dos cursos de Graduação e Pós-graduação da Universidade Cândido Mendes, UERJ e Estácio de Sá, da EMATRA, da AMPERJ e da FESUDEPERJ. Vice-Presidente do Fórum Permanente de Direito Empresarial da EMERJ, Sub-Coordenadora de Direito Empresarial da EMERJ.

2 TJRJ, ApCív 2003.001.25143 , rel. Des. Maria Christina Góes, j. 01/03/2005 - e TJMG, ApCív 1.0024.05.702152-9/001, rel. Dês. Vanessa Verolim Hudson Andrade, j. 07.02.2006.

3 L.nº 11.101/05, art.98, parágrafo único.

4 L.nº 11.101/05,art.94,I.

5 L.nº 11.101/05,art.94,parágrafo único.

6 L.nº 11.101/05, art.94,II.

7 CC/2002,art.967.

8 CC/2002,art.998.

9“Protesto emprestado” — DL. n° 7.661/45,art.4°,\$2°.

10 L.n°11.101/05,art. 97,IV.

11 L.n° 11.101/05,art. 94,I.

12 Art.15.

13 L.n°7.347/85,art.5°,\$6°.

14 L.nº 11.101/05,art.94,I.

15 L.nº 11.101/05,art. 94,II.

16 L.nº 11.101/05,art.94,III.

17 GUSMÃO, Mônica. **Direito Empresarial**, Rio de Janeiro: Impetus, 2004, 3ª edição.

18 Op. et loc. cit.

19 Art. 943.

20 Exemplo: sociedade em nome coletivo - CC/2002,art.1.039.

21 Código Civil, arts. 1.023 e 1.024.

22 ULHOA, Fábio. **Comentários à nova Lei de Falências**. São Paulo: Saraiva, 2005

23 CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

24 Art.47.

25 Art.75.

26 Regime jurídico da empresa estatal no Brasil, São Paulo, tese, 1986, pp. 140-167

27 Art. 974, § 1º

28 Código Civil,art.422.

29 FONSECA, José Geraldo. **Do venire contra factum proprium na Justiça do Trabalho.** Monografia(inédita) apresentada à Faculdade de Direito da UERJ para obtenção de certificado de conclusão do curso Obrigação como Processo, convênio UERJ/EMATRA, outubro a dezembro/2006.

30 PLANIOL,Marcel e RIPERT,Georges.**Tratado practico de derecho civil frances**,p.530-32;631-32 apud SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. **Contornos Dogmáticos e Eficácia da Boa-Fé Objetiva - Princípio da Boa-Fé no Ordenamento Jurídico Brasileiro.**Lumen-Jurs,Rio de Janeiro, 2002.p.48

31 GOMES,Orlando.**Transformações gerais do direito das obrigações**, 1967, RT, São Paulo, pp-7-8.

32 Em italiano, substantivo feminino invariável:caso, fato jurídico, caso em tela, fato específico: “nella fattispecie”, neste caso específico, neste caso concreto”.

33 TEPEDINO,Gustavo e SCHREIBER, Anderson.**A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil in Obrigações ?** Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional ?

Gustavo Tepedino: Coordenador, Renovar, Rio de Janeiro, 2005, p.29.

34 MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, pp.411-412 apud TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. **A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil in Obrigações ? Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional ?** Gustavo Tepedino: Coordenador, Renovar, Rio de Janeiro, 2005, p.30.

35 ALMEIDA, Lacerda de. **Direito das Coisas**, Rio de Janeiro: J. Ribeiro Santos, 1908, pp.217-218 apud TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. Op.cit.p.30.

36 TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. Op.cit.p.32.

37 TEPEDINO, Gustavo. **Os Novos Contratos no Novo Código Civil**. Revista da EMERJ ? Especial ? EMERJ Debate o Novo Código Civil, Parte I, fevereiro a junho/2002, pp.182-183.

38 Ibid.p.188-119.

39 TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. Op.cit.p.33.

40 Ibid.p.120.

41 MENEZES CORDEIRO. Op.cit.p. Diz o autor: “Aos tribunais pede-se, todavia, o maior critério e a maior precisão na aplicação da boa fé e, designadamente, quando isso suceda contra ius strictum. A possibilidade de qualquer pedido ser detido por invocado abuso, inclusive apenas no Supremo e sem que isso tivesse sido previamente discutido, introduz, nos processos, um factor de álea ou de insegurança incompatível com a justiça. Decidir de acordo com a boa fé exige, do intérprete-aplicador, um esforço analítico, conceitual e justificatório paradoxalmente muito superior ao requerido pela aplicação de normas estritas. O abuso do direito é excelente remédio para garantir a supremacia do sistema jurídico e da Ciência do Direito sobre os infortúnios do legislador e sobre as habilidades das partes. Até hoje, não se encontrou melhor. Praticamente todo o avanço qualitativo registrado, no Direito Civil e entre nós, nos últimos anos, lhe é tributário. Há que usá-lo sempre que necessário. Mas nunca pode ser banalizado: havendo solução adequada de Direito estrito, o intérprete-aplicador terá de procurá-la, só subsidiariamente se reconfortando no abuso do direito. E só conjunturas muito ponderosas e estudadas poderão justificar uma solução contrária à lei estrita”.

42 GIL, Antônio Hernández. **Obras Completas**, Tomo I - Conceptos jurídicos fundamentales,p. 561 apud SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. **Contornos Dogmáticos e Eficácia da Boa-Fé Objetiva - O princípio da Boa-Fé no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Lumen-Juris,Rio de Janeiro,2002,p.12.

43 MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. **A boa fé no direito civil**. Coimbra.

almedina, 1997 apud SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. Op. cit. p. 13.

44 L.nº 8.078/90:

Art. 4º ? A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I ? omissis.

II ? omissis.

III ? harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômica e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica, sempre com base na **boa-fé** e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”.

Art. 51 ? São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I ? omissis.

II ? omissis.

III ? omissis.

IV ? estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a **boa-fé** ou a equidade”.

45 “Art.113 — Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

“ Art.422 — Os contratantes são obrigados a guardar assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé”.

46 Ibid.p.80.Como, de resto, também nas relações de consumo, como se lê em Ruy Rosado de guiar, **A boa-fé na relação de consumo**, in **Revista de Direito do Consumidor**, vol.14,p.25,litteris: “Na relação contratual de consumo, a boa-fé exerce três funções principais: a) fornece os critérios para a interpretação do que foi avençado pelas partes, para a definição do que se deve entender por cumprimento pontual das prestações; b) cria deveres secundários ou anexos;c) limita o exercício de direitos” apud Anderson Schreiber.Op.cit.p.81.

47 COSTANZA, Maria. **Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede**, Milano: Dot.A.Giuffrè,1989,p.30 apud Anderson Schreiber, Op.cit.p.81, diz: "in senso oggettivo, intendendola, cioè, come una specificazione del principio di correttezza e lealtà contrattuali, onde poter attribuire al contratto un senso conforme alle regole dell'honeste agere che le parti sarebbero tenute ad osservare nelle diverse fasi della vicenda contrattuale".

48 MENEZES CORDEIRO.**Da boa-fé no direito civil**,p.605 apud Anderson Schreiber.Op.cit.p.82.

49 SCHREIBER, Anderson.Op.cit.p.83-84.

50 Ibid. p.89.

51 Dou como exemplo o pedido de recuperação da VARIG. É nosso leading-case. Por certo não alcançaríamos resultado satisfatório se os prazos da L.nº 11.101/05 fossem seguidos à risca. Explico: pela lei, o prazo de apresentação do plano de recuperação é de 60 dias contados do despacho de processamento do pedido de recuperação. Tratando-se de prazo peremptório, seria socialmente razoável a decretação da quebra no eventual descumprimento desse prazo, mesmo tendo o juiz conhecimento de que se trata de complexo negocial com raízes até no exterior?

52 Lei de Falências, art.51.

53 Lei de Falências, art. 192, caput.

54 Lei de Falências, art. 192,§1° .

55 Lei de Falências, art. 192,§2°.

56 Lei de Falências, art. 192,§3°.

57 Lei de Falências, art. 192,§4°.

<https://www.diritto.it/aspectos-polemicos-da-nova-lei-de-falencias/>